Die Vererbung eines Handelsgeschäfts.

*

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Kurt Diehl

aus Frankfurt am Main.

Approbiert am 18. Oktober 1930.

1931

Buchdruckerei Fritz & Rappert, Ochsenfurt a. Main.

31:62

Referent:

Professor Dr. Locher.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0074

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Literatur-Verzeichnis 6

§ 1. Einleitung 9

I. Der Anfall der Erbschaft nach BGB. 9
II. Entwicklung der Bestimmungen über die Vererbung eines Handelsgeschäfts 11

§ 2. Wortlaut der in Betracht kommenden handelsrechtlichen Bestimmungen 12

§ 3. Die Voraussetzungen des § 27 HGB. 13

A. Der Begriff „Handelsgeschäft" 13
B. Die Zugehörigkeit zum Nachlaß 17
C. Die Fortführung durch den Erben 17
D. Die Fortführung des Geschäfts durch Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter 18
E. Der Erwerb des Handelsgeschäfts durch Vermächtnis . . . 20
F. Das Wesen der Fortführung 21
G. Das Erfordernis der Vollkaufmannsqualität 22
H. Die Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes 24
I. Der Begriff „Geschäftsverbindlichkeiten" 24

§ 4. Die Rechtswirkungen des § 27 HGB. 26

A. Die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten 26
B. Der Übergang der Geschäftsforderungen 27

§ 5. Die Stellung des Erben bei Fortführung des Geschäfts unter einer neuen Firma 27

I. Ergebnis der entsprechenden Zuwendung des § 25 HGB. . . 27
II. Die Annahme der Erbschaft 28
III. Die Erbenhaftung nach BGB. 28

a) Grundsätzlich beschränkte Haftung oder 28
b) Unbeschränkte aber beschränkbare Haftung . . . 29
c) Die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung . . . 30

§ 6. Fortsetzung: Die Haftung bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes 31

I. Charakter der Haftung 31
II. Begriff der handelsüblichen Bekanntmachung 31

§ 7. A. Die Stellung des Erben bei Fortführung des Geschäfts unter Beibehaltung der alten Firma 33

I. Die Rechtslage 33
II. Die rechtliche Natur der Haftung aus § 27 33

a) Die „direkte" Haftung 33
b) Die „verschärfte" Erbenhaftung 34

Seite

B. Der Nichteintritt der unbeschränkten Haftung bei Fortführung der alten Firma 36

§ 8. Die Einstellungsfrist 36

I. Überblick 36

II. Die rechtliche Natur der Abhängigkeit der unbeschränkten Haftung von der Einstellung 36

III. Beginn der Einstellungsfrist 37

IV. Berechnung der Einstellungsfrist 38

a) Verlängerung gemäß § 206 BGB. 38

b) Verlängerung gemäß verschiedener erbrechtlicher Bestimmungen 38

V. Die während der Einstellungsfrist vorgenommenen Rechtsgeschäfte 39

a) Im Falle der nachträglichen Ausschlagung . . . 40

b) Im Falle der Annahme der Erbschaft 40

§ 9. Die Einstellung der Fortführung 41

I. Die zur Einstellung erforderlichen Maßnahmen 42

II. Der Verkauf des Handelsgeschäfts 43

§ 10. Die Anwendbarkeit des § 25 II im Falle der Vererbung des Handelsgeschäfts 44

I. Der Sinn des § 25 II HGB. 44

II. Seine Anwendung auf den Tatbestand des § 27 HGB. . . 44

a) Bejahung der Anwendung des § 25 II 44

b) Verneinung der Anwendung 45

c) Ausschluß des § 25 II durch den § 27 II . . . 46

§ 11. Die Rechtsverhältnisse unter den Miterben 46

I. Die Vorschriften des BGB. für die Rechtsverhältnisse der Miterben 46

II. Entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 27, 25 auf die Rechtsverhältnisse der Miterben 47

a) Fortführung des Handelsgeschäfts unter einer neuen Firma 47

1. Haftung der Miterben nach BGB. 47

2. Fortführung in Erbengemeinschaft oder Begründung einer O.H.G. 47

b) Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma 48

1. Entsprechende Anwendung der §§ 27, 25 HGB. . . 48

2. Form der Fortführung durch die Miterben . . . 49

3. In Erbengemeinschaft 49

4. Als O.H.G. 49

5. Uneinigkeit der Miterben über die Art der Firmenfortführung 50

III. Die Erbteilung unter den Miterben 52

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare und Lehrbücher.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben. Leipzig 1905.

Binder: Bürgerliches Recht, Erbrecht, 2. Auflage 1930, in Enzyclopädie der Rechts- und Staatswissenschaften; herausgegeben von Kaskel-Kohlrausch.

Boehm, J.: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage; Hannover 1900.

Bolte: Der § 27 des neuen Handelsgesetzbuches. 2. H.R. LI. 1902.

Brand: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 9. Auflage; Stuttgart 1922.

Crome, C.: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. V. Erbrecht. Tübingen 1912.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen. Berlin 1896.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes. Berlin 1897.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Band V. Deutsches Erbrecht. Halle 1911.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Auflage; Mannheim 1908 ff.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band V. 8.—9. Auflage; 1923.

Fischer-Henle: B.G.B. Handausgabe. 11. Auflage; 1921.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Kommentar. Berlin 1900.

Gareis, Karl: Das deutsche Handelsrecht. Lehrbuch. 8. Auflage; Berlin 1909.

Gerber: Deutsches Privatrecht.

v. Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. Auflage; Berlin 1929.

v. Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. Band III. Schuldrecht. München 1917.

Goldmann: Haftung der Erben nach § 27. Festgabe für Wilke. Berlin 1900.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1901.

Hachenburg, M.: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vortrag, gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Auflage; Mannheim 1900.

Hahn, E.: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Band II. Materialien zum HGB. Berlin 1897.

Jaeger, C.: Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. Berlin 1898.

Isay: Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.

Kieckebusch: Die Haftung des Erben für die Handelsschulden des Erblassers. Diss. Greifswald 1900.

Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Enneccerus-Kipp und Wolff. 2. Band. 3. Abteilung. 19.—21. Auflage; Marburg 1928.

Koenige, H.: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 2. Auflage; Mannheim 1929.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Erbrecht. Band V. 6. Auflage; Berlin 1928.

Kretzschmar: Die Gestaltung der Haftung des Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer O.H.G. oder K.G. als Teilhaber angehörte. Z. Bl. F.G. XVII. 1916.
Lehmann, K.: Lehrbuch des Handelsrechts, bearbeitet von H. Hoeniger. 3. Auflage; Berlin 1921.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bearbeitet von K. Lehmann. 2. Auflage; Berlin 1913/14.
Leonhard, F.: Erbrecht. Kommentar. 2. Auflage; Berlin 1912.
Makower, H.: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, bearbeitet von F. Makower. 13. Auflage; Berlin 1906.
Meyer, Fr.: Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des Handelsgesetzbuches. Diss.; Leipzig 1904.
Meyer, H.: Betrachtung über H. Oppikofer: Das Unternehmensrecht. 2. f. Rechtsgeschichte. Germ. Abt., Bd. 48, 540 ff.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. V: Erbrecht. 2. Auflage; Berlin 1896.
Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band V: Erbrecht. Berlin 1899.
Müller-Errbach: Deutsches Handelsrecht. Lehrbuch. 2. und 3. Aufl.; Tübingen 1928.
Münchmeyer: Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Hannover 1899.
Oppikofer, H.: Das Unternehmensrecht. Tübingen 1927.
Passow, R.: Betrieb, Unternehmen, Konzern. 1925.
Pinner: Die Vererbung eines Handelsgeschäftes unter besonderer Berücksichtigung der Prinzipien für die Erbenhaftung im BGB. und im HGB. Rostock 1904.
Pisko, O.: Das kaufmännische Unternehmen. In Ehrenberg Handbuch des Handelsrechts, Bd. II. Leipzig 1918.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. (T § 1922/84.) 4. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. V: Erbrecht. Berlin 1899.
Riesenfeld: Die Erbenhaftung. Berlin 1916.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.
Roth-Becher: Bayer. Zivilrecht. 2. Auflage; 1897—98.
Schultess: Die Schuldenhaftung der Erben nach § 27. Diss. Leipzig 1903.
Sohm: Der Gegenstand. Diss. Leipzig 1905
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12.—13. Auflage; Berlin 1926.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V: Erbrecht. 9. Aufl.; München 1928.
Stegemann, H.: Die Vererbung eines Handelsgeschäftes. Rostock. Rechtswissenschaftliche Studien. Bd. I, 3. 1903.
Stobbe, O.: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd. V. Berlin 1885.
Strohal, E.: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches 3. Auflage; Berlin 1903.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. Tübingen 1927.
Wieland, Karl: Handelsrecht. Bd. I. München 1921.
Wilke: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar. Bd. V. Berlin 1900.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bearbeitet von Kipp. Bd. III. 9. Auflage; Frankfurt a. Main 1906.

II. Sammlungen und Zeitschriften.

Arch.f.Bürg.R. = Archiv für Bürgerliches Recht.
Arch.f.ziv.Pr. = Archiv für zivilistische Praxis.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
D.Not.V.Z. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

Gr. = Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Jh.Jahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
K.G. = Kammergericht.
K. G. J. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Kr.V.J.Schr. = Kritische Vierteljahresschrift.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift.
OLGR. = Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.
Recht = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenverband.
RG. = Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts bis 1924.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Seuff.Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Z.Bl.F.G. = Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.
Z.f.Rgesch.germ.Abt. = Zeitschrift für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung.
Z.H.R. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Die Vererbung eines Handelsgeschäfts.

§ 1. *Einleitung.*

I. Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben über[1]). Indem das BGB. zum Ausdruck bringt, das Vermögen des Erblassers, die Erbschaft, gehe als Ganzes auf den Erben über, vertritt es im Gegensatz zu dem älteren deutschen Recht[2]) und im Anschluß an das römische Recht und alle neueren Rechte[3]) das Prinzip der Gesamtnachfolge.

Das Vermögen des Erblassers als Ganzes, der Inbegriff aller zu diesem Vermögen gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten bildet die Erbschaft oder den Nachlaß. Diese beiden Bezeichnungen unterscheiden sich bei inhaltlich gleicher Bedeutung nur insofern, als die Bezeichnung „Erbschaft" die Beziehungen des Vermögens des Erblassers auf den Erben, die Bezeichnung „Nachlaß" dagegen das Vermögen des Erblassers objektiv, ohne diese Beziehung zum Ausdruck bringt[4]). Der Erbe ist der Universalsuccessor. Der Übergang selbst erfolgt kraft Gesetzes mit dem Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Die Erbschaft wird also ohne Weiteres von dem Berufenen erworben, allerdings vorbehaltlich seines Ausschlagungsrechtes gemäß § 1942 Abs. I BGB. Der Erbe geht dieses Rechtes verlustig, wenn er die Annahme erklärt oder unterläßt, die Ausschlagung innerhalb der vorgeschriebenen Frist zu erklären[5]). Der Erwerb der Erbschaft ist kraft Gesetzes zunächst kein endgültiger, sondern er wird erst mit der Annahme zu einem definitiven. Die Annahme[6]) bedarf im Gegensatz zur Ausschlagung keiner Form[7]). Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, also auch durch *pro herede gestio.* Eine eingehende Aufzählung der Fälle, die eine *pro herede gestio* darstellen, hat das Gesetz wegen der Unmöglichkeit einer erschöpfenden Darstellung unterlassen. In jedem einzelnen Falle kommt es darauf an, ob das Verhalten des Erben den Schluß auf seinen

---

[1]) § 1922 BGB.
[2]) *Stobbe,* Bd. V, S. 5; *Gerber,* D.P.R., §§ 248, 249.
[3]) *Windscheid-Kipp,* Pand., Bd. III, § 528/1; *Roth-Becher,* Bd. III, § 324, No. 4.
[4]) Mot. zum BGB., Bd. V, S. 603.
[5]) § 1943 BGB.
[6]) *Binder,* Bd. I, S. 86 ff.
[7]) Mot. zum BGB., Bd. V, S. 503.

Willen, die Erbschaft nicht bloß einstweilen zu verwalten, sondern anzunehmen, bezw. zu behalten, unabweisbar macht oder diesen Willen mindestens deutlich erkennen läßt. Einen Anhaltspunkt für die Entscheidung dieser Frage findet man in den Ausführungen der Motive[8]), die folgendes besagen:

„Mit einigen Rechten Handlungen, welche zur Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben im wirtschaftlichen Bestande dienen, auszuscheiden als solche, welche eine pro herede gestio ausschließen, ist weder erforderlich noch zweckmäßig. Eine Klarstellung dahin, daß fürsorgliche Handlungen, welche der Erbe lediglich zum Zwecke der Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben in dem wirtschaftlichen Bestande vornimmt, nicht als pro herede gestio anzusehen sind, ist entbehrlich. Andererseits würde eine solche Vorschrift das Mißverständnis nahelegen, als solle es in Ansehung der bezeichneten Handlungen lediglich auf den objektiven Charakter derselben ankommen, während doch auch insoweit allein zu entscheiden hat, ob der Wille Erbe zu sein, der Handlung nach der Sachlage zu entnehmen ist."

Schließlich muß auch der Erbe berechtigt sein, während des Laufes der Ausschlagungsfrist erbschaftliche Geschäfte vorzunehmen, ohne hierdurch die Vermutung der stillschweigenden Annahme zu begründen, sonst wäre die Bestimmung des § 1959 gegenstandslos[9]).

Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so gilt der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt und die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte[10]). In diesem Fall[11]) wird der Ausschlagende für die von ihm in der Zwischenzeit vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte dem endgültigen Erben gegenüber wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet. Rechtsgeschäfte, welche gegenüber den Erben als solchem vorgenommen werden müssen, sowie Verfügungen, welche ohne Nachteil für den Nachlaß nicht verschoben werden konnten, bleiben, wenn sie gegenüber oder von dem Ausschlagenden vor der Ausschlagung vorgenommen worden sind, auch nach der Ausschlagung wirksam.

Wir haben bereits oben erwähnt, daß das Vermögen im Falle der Erbschaft als Ganzes auf den Erben übergeht. Zweifelsohne gehen hierbei die Aktiva auf den Erben über. Hinsichtlich der Passiva besteht die weit verbreitete Ansicht[12]), daß zu dem Vermögen einer Person lediglich die der letzteren zukommenden Vermögensrechte, also die Aktiva, nicht aber die Verbindlichkeiten, die Passiva, gehören. Aus diesem Grunde enthalte auch der Nachlaß nicht die Verbindlichkeiten des Erblassers. Die Vorschrift des § 1922 BGB., gemäß der das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben übergeht, begründe keine gegenteilige Ansicht, sie charakterisiere nur den Übergang aller vererblichen Rechte des Erblassers als einen auf Grund einheitlicher *causa* erfolgenden. Die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten des Erblassers erfolge kraft positiver Bestimmung (§ 1967 BGB.),

---

[8]) Mot. zum BGB., Bd. V ,S. 497.
[9]) P. Bd. V., S. 660. D.S. 621.
[10]) § 1953 BGB.
[11]) Vgl. § 1959 in Verbindung mit § 677 BGB.
[12]) *Binder,* S. 7; *Kipp,* bei Windscheid I, § 182; *Hellwig,* Rechtskraft, S. 310; *Dernburg,* I § 103.

sei also etwas zur Nachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers nur äußerlich Hinzutretendes.

Dieser Ansicht kann man nicht beitreten. Im Falle der Erbfolge ist unter allen Umständen anzunehmen, daß sie auch die Nachfolge in die Schulden und überhaupt in alle von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers in sich schließt. Nimmt man z. B. den Fall, der Erblasser hinterlasse keine Aktiva, sondern nur Passiva, eine Möglichkeit, bei der nach Ansicht des BGB. auch eine Beerbung stattfindet, so versagt der Anhänger der ersten Auffassung mit seiner Auslegung vollständig. Für die Richtigkeit der zweiten Auffassung sprechen außerdem noch folgende Belege. Zahlreiche vermögensrechtliche Beziehungen des Erblassers, die weder den Charakter von subjektiven Rechten, noch den von Verbindlichkeiten haben, sind trotzdem vermöge der Erbfolge nunmehr für den Erben in gleicher Weise maßgebend, wie sie es vorher für den Erblasser waren.

So z. B.:

der Besitzübergang auf den Erben, § 857 BGB.,
die Fortdauer der Prokura bei Todesfall des Geschäftsinhabers, § 52 HGB.,
die Fortdauer der Prozeßvollmacht bei Todesfall des Vollmachtgebers, § 86 ZPO.

Diese Ausführungen beweisen zur Genüge, daß der Erbe als Gesamtnachfolger des Erblassers hinsichtlich aller von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen in dessen Rechtsstellung eintritt[13]).

Welche Rechtsverhältnisse im Einzelnen sich an die Person des Erblassers knüpfen und daher unvererblich sind, ist für die vorliegende Abhandlung unerheblich. Von Bedeutung für uns ist, daß zu dem Nachlaß nicht nur Rechte, sondern auch vererbliche Rechtslagen gehören, in denen sich der Erblasser befand[14]). Unter einer Rechtslage versteht man eine Beziehung des Rechtssubjektes zu den Lebensgütern im allgemeinen und im besonderen, welche von Bedeutung sein kann für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte. Die Rechtsordnung tritt nicht erst dann zutage, wenn sie sich zu förmlichen Rechten konkret gestaltet hat, sondern schon dann, wenn etwas Rechtliches entsteht, das einen Einfluß auf eine künftige Rechtsbildung gewinnt und zwar zugunsten einer bestimmten Person. Das Handelsgeschäft ist Gegenstand einer derartigen Rechtslage und kann mithin auch Gegenstand der Vererbung sein[15]).

II. Welche Bestimmungen sind nun für die Vererbung eines Handelsgeschäftes maßgebend? In der Zeit vor 1900 vermißte man eine gesetzliche Regelung dieser Materie. Sämtliche gesetzlichen Bestimmungen über Erbschaftsverhältnisse blieben dem allgemeinen Zivilrecht vorbehalten. In der Praxis behalf man sich durch Interpretation der vorhandenen erbrechtlichen Bestimmungen, deren Anwendung man auch bei der Vererbung eines Handelsgeschäfts für gegeben erachtete. Schließlich stellten Wissenschaft

---

[13]) *Sohm:* „Der Gegenstand", S. 42; *Staudinger,* z. § 1922, Bem. IV; *Strohal,* Bd. I, S. 14; *Planck,* z. § 1922, Bem. 28; *Crome,* § 641, No. 18; RG. RK. § 1922, Bem. 5; *Gierke,* Bd. I, S. 271, Anm. 24.

[14]) *Dernburg,* Bd. V, § 124.

[15]) Vgl. *Kohler,* Bd. I, § 49.

und Praxis maßgebliche Grundsätze für den Übergang eines Handelsgeschäfts unter Lebenden auf, die sich zu einer Art Gewohnheitsrecht entwickelten[16]). Zu einer prinzipiellen Entscheidung über die Frage der Erbenhaftung im Falle des Überganges eines Handelsgeschäfts durch Erbfolge ist es jedoch in dieser Zeit niemals gekommen. Erst in dem neuen Handelsgesetzbuch hat der Gesetzgeber sich der Aufgabe unterzogen, diese Lücken auszufüllen. Er hat in den §§ 25 bis 27 sowohl die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts unter Lebenden wie auch von Todeswegen geregelt. Im Folgenden soll nur der Fall des Geschäftsüberganges durch Erbfolge erörtert werden.

Nimmt der Erbe die Erbschaft an, so ist Folgendes zu beachten: Die Anwendung der beiden in Betracht kommenden Gesetze (BGB. und HGB.) richtet sich nach der Kaufmannseigenschaft des Erblassers. Diese Feststellung darf aber nicht zu der Annahme führen, daß die beiden Gebiete durch äußerliche Merkmale geschieden seien. Die Anwendung eines der beiden fraglichen Gesetze ist in dem einzelnen Erbfall weiterhin von dem Handeln des Erben abhängig. Dem Erben stehen hier verschiedene Wege offen. Er kann das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführen, er kann die Fortführung einstellen oder eine neue Firma annehmen. In den beiden letzten Fällen kommen meistens keine handelsrechtlichen Bestimmungen, sondern nur die Bestimmungen des BGB. für die Haftung des Erben bezüglich der früheren Geschäftsverbindlichkeiten zur Anwendung. Während in der rechtlichen Behandlung der aktiven Bestandteile des gewöhnlichen Erbschafts- und Geschäftsvermögens ein Unterschied nicht besteht, da beide nach den Grundsätzen des BGB. übergehen, finden wir bei der Haftung für die gewöhnlichen Nachlaßverbindlichkeiten und für die Geschäftsschulden des Nachlasses erhebliche Verschiedenheiten. Die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten basiert zwar auf den Grundsätzen der allgemeinen bürgerlichen Erbenhaftung, erfährt aber im Einzelfall eine spezielle und weitergehende Ausgestaltung durch die Vorschriften des § 27 HGB. Betrachten wir nun die im HGB. angeführten Bestimmungen über die Haftung des Erben bei Vererbung eines Handelsgeschäftes.

§ 2.

Wortlaut der in Betracht kommenden handelsrechtlichen Bestimmungen.

Der § 27 HGB. lautet:

„Wird ein zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung.

Die unbeschränkte Haftung des § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablauf von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung

[16]) ROHG. S. 68; II, S. 143; VIII, S. 383; XVI, S. 27; IV, S. 6, 198; RG. II, S. 55; XI, S. 153; XII, S. 160; XV, S. 53; XVII, S. 98; XXXVIII, S. 175.

der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist."

§ 25 HGB., dessen entsprechende Anwendung der § 27 Abs. 1 fordert, hat folgenden Wortlaut:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründenden Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Verbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

§ 3. *Die Voraussetzungen des § 27 HGB.*

Den Betrachtungen über die Rechtswirkungen des § 27 HGB. ist eine eingehende Erörterung der Voraussetzungen, die die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 27 zur Folge haben, voran zu stellen. In dem Vordersatz des § 27 Abs. I: „Wird ein zu einem Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt" finden wir eine gedrängte Aufzählung der Tatbestandserfordernisse.

A. Auffallend ist, daß das Gesetz nirgends eine Definition des Begriffes „Handelsgeschäft" gibt. Die Festlegung dieses Begriffes wurde mit vollem Bewußtsein unterlassen, da die dauernden Veränderungen der wirtschaftlichen Anschauungen über den Begriff des Handelsgeschäfts mit einer festen gesetzlichen Definition bald in Mißklang ständen und eine mehrmalige Änderung des Gesetztextes verlangen würden. Man überließ diese Aufgabe der Wissenschaft, die jedoch auch zu keiner einheitlichen Ansicht über den Begriff und die rechtliche Natur des Handelsgeschäfts gekommen ist.

I. Die am meisten vertretene und auch heute noch an sich richtige Ansicht ist, daß das Handelsgeschäft einen besonderen Vermögensinbegriff, ein Sondervermögen darstellt. Dabei wurde aber von einem Teil der Schriftsteller der Vermögensinbegriff nur auf Sachen und Rechte abgestellt, während man es unterließ, die tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert, die den wichtigsten Bestandteil bilden, dazu zu zählen. Auf der anderen Seite vergaß man, ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß das Handelsgeschäft sich nicht vollkommen mit dem vorhandenen Handelsvermögen deckt, sondern jederzeit von der zweckbestimmenden Abgrenzung seitens des Geschäftsinhabers abhängig ist[1]).

[1]) *Düringer-Hachenburg,* § 25, No. 2; *Lehmann-Ring,* § 25, No. 2; *Lehmann-Hoeniger,* §§ 22/23; *Gierke,* D.P. I, 275, II, 57; *Staub,* § 22, Anm. 4.

II. Eine andere Lehre geht bei der Feststellung des Begriffes „Handelsgeschäft" von einem eigens aufgestellten Begriff des „Unternehmens" aus. Die geistige Organisation soll der entscheidende Punkt des Unternehmens sein.

1. *Isay*[2]) bezeichnet die „organisatorische Idee" als „Immaterialgut", an diesem bestehe ein „Immaterialgüterrecht", das durch das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb geschützt sei. Allein hiermit kommt man auf ein Persönlichkeitsrecht, welches gerade nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, wie dies beim Handelsgeschäft der Fall ist.

2. *Pisko*[3]) sieht in dem Unternehmen und damit in dem Handelsgeschäft „die Organisation des Betriebes und gesicherte Absatzgelegenheit". An diesem Gegenstand will er Eigentum und andere dingliche Rechte anerkennen. Die Sachen und Rechte sind ihm Zubehör oder Bestandteile des Unternehmens.

3. Eine ähnliche Ansicht wie *Pisko* vertritt *Müller-Erzbach*[4]). Er spricht von einer „geistigen Organisation des Betriebes" und betrachtet die Sachen und Rechte als dessen Zubehör oder Bestandteile. Weiterhin behauptet er unter Berufung auf das Reichsgericht das Vorhandensein eines Vermögensrechtes an einem Unternehmen im Ganzen.

Die Ansichten dieser Schriftsteller rufen folgende Bedenken hervor[5]): Eine dingliche Rechtsmacht an einer geistigen Organisation gibt es nicht. Der Zubehörbegriff setzt eine Hauptsache und eine bewegliche Nebensache voraus. Das Reichsgericht[6]) verneint ein Vermögensrecht an einem Gewerbebetrieb und erkennt nur ein Persönlichkeitsrecht daran an.

4. Nach *Wieland*[7]) ist das Handelsgeschäft ein „Unternehmen". Er unterscheidet hierbei „Unternehmung" und „Unternehmen". Während er unter „Unternehmung" den Einsatz von Arbeit und Kapital zur Erzielung ungemessenen Gewinnes versteht, bedeuten für ihn „Unternehmen" lediglich die eingesetzten sachlichen und persönlichen Güter.

Diesem Begriff entsprechend bestehe das typische Handelsgeschäft aus drei Bestandteilen: der Betriebstätigkeit, dem Handelsvermögen (Sachen und Rechte) und den Chancen. Unbedingt erforderlich sei die Betriebstätigkeit. Dagegen können ein Handelsvermögen oder die Chancen fehlen. Die Betriebstätigkeit des Unternehmers bezeichnet *Wieland* als „Tätigkeitsinbegriff", in den der Erwerber von dem Veräußerer eingeführt werden müsse.

Bedenklich an *Wielands* Auffassung ist die willkürliche Unterscheidung zwischen „Unternehmung" und „Unternehmen". Beide Ausdrücke werden in der Wirklichkeit im gleichen Sinne gebraucht — wofür sie aber gebraucht werden, ist im Einzelfall sehr verschieden. Man muß es jedoch jedem Schriftsteller überlassen, sich selbst technische Ausdrücke auszudenken, sofern er ihre Bedeutung erklärt. An dem *Wieland*'schen Begriff des Unternehmens ist auffällig, daß die „Betriebstätigkeit" durch den Ausdruck „Tätigkeitsinbegriff" ersetzt wird. Der Wechsel der Bezeichnung

---

[2]) *Isay*, „Das Recht am Unternehmen", S. 27.
[3]) *Pisko*, „Unternehmen", S. 17; in *Ehrenberg*, Handbuch II, S. 198.
[4]) *Müller-Erzbach*, S. 72.
[5]) *Gierke*, Grundzüge, S. 69.
[6]) RG. VIII, 51; LXX, 20; LXXXX, 237.
[7]) *Wieland*, S. 239.

dient *Wieland* dazu, um in dem Ausdruck „Tätigkeitsinbegriff" die durch die Tätigkeit geschaffenen Wirtschaftsgüter einzubeziehen, die bei Vorhandensein von Handelsvermögen fehlen können. Nach *Wieland* könnte also ein Handelsgeschäft aus einem Handelsvermögen und einer Arbeitstätigkeit ohne Chancen bestehen.

Dies ist undenkbar, denn die Chancen sind der notwendige Niederschlag jeder Betriebstätigkeit. Weiterhin scheint *Wieland* zu übersehen, daß das Handelsgeschäft eine Einheit bildet, die als Ganzes den Gegenstand des Rechtsverkehrs darstellt. Die Arbeitstätigkeit aber kann, sei es mit oder ohne Chancen, sei es mit oder ohne ein Handelsvermögen, niemals mitverkauft werden. Sie kann auch nicht überlassen werden. Der Grundfehler in der *Wieland*'schen Lehre ist daher der, daß er übersieht, daß die Chancen wirtschaftlich und rechtlich Bestandteile des Handelsvermögens sind, und daß nicht die gewerbliche Betätigung als solche, sondern nur ihre Gegenstände und ihr gegenständlicher oder als gegenständlich gedachter Niederschlag für den Rechtsverkehr in Betracht kommen kann.

5. Ein ähnlicher Irrtum ist auch der Lehre *Herbert Meyers*[8]) unterlaufen. Er unterscheidet „Geschäftsvermögen" im Sinne eines Sondervermögens von Sachen und Rechten und den „Geschäftsbetrieb", das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinn, im Sinne von *Passow*[9]). Letzterer versteht unter Betrieb den Inbegriff von auf die Dauer berechneter wirtschaftlicher Tätigkeit und unter Unternehmen den selbständigen, auf Erwerb gerichteten Betrieb.

Selbst wenn diese Definitionen wirtschaftlich faßbar wären, so liegt in einem Verkauf des Geschäftsbetriebs, den *H. Meyer* im Gegensatz zu einer Verfügung über ihn anerkennt, der Verkauf eines Complexes von „Tätigkeiten", was unmöglich ist.

6. *Binder*[10]) will das Handelsgeschäft begrifflich auf die rein tatsächlichen Wirtschaftsgüter abstellen, für welche zwar Verpflichtungs- aber keine Verfügungsgeschäfte in Betracht kommen. Diese Anschauung ist zwar begrifflich zutreffend, nach der allgemeinen Lebens- und Rechtsanschauung ist es aber richtiger, von den für Handelsgeschäfte typischen Erscheinungsformen auszugehen. Und das ist das Handelsgeschäft mit Sachen, Rechten und Chancen.

7. Der Versuch *Oppikofers*[11]), eine eigene Formulierung für das Handelsgeschäft aufzustellen, kann auch als mißlungen angesehen werden. Er wendet sich zwar in zutreffender Art gegen die *Passow*'sche Definition und gegen die Lehre von der „geistigen Organisation". Seine Definition aber: „übertragbare Organisation aus Arbeitskräften und Wirtschaftsgütern" ist unklar und mißverständlich[12]). Sein Hauptfehler ist jedoch, daß er weder historisch noch dogmatisch den Begriff des Sondervermögens erkannt hat.

III. Die richtige Erkenntnis von dem Begriff und der rechtlichen Natur des Handelsgeschäfts erlangt man, wenn man von der typischen Erscheinungsform ausgeht, wie sie sich im Wirtschaftsleben findet.

---

[8]) Z.f.Rgesch., Germ. Abt. 48, S. 540.
[9]) *Passow,* „Betrieb, Unternehmen, Konzern", S. 2, 41.
[10]) *Binder* I, S. 31 ff.
[11]) *Oppikofer,* „Das Unternehmensrecht", S. 1.
[12]) Siehe *H. Meyer,* a.a.O., S. 543.

Danach stellt sich das Handelsgeschäft als ein Inbegriff von Sachen und Rechten und tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert dar, die zweckbestimmt einem Handelsgewerbe zugehören, einschließlich der Geschäftsschulden[12a]) (Handelsgeschäft in weiterem Sinn). Unter die Aktiva fallen Sachen (z. B. Waren, Grundstücke, Handelsbücher,) „Rechte, (begrenzte dingliche Rechte oder Geschäftsforderungen, Persönlichkeitsrechte, wie Firmen- und Patentrecht), schließlich tatsächliche Beziehungen von Vermögenswert, die man als „Chancen" des Geschäfts bezeichnet. „Z. B. Kundschaft, Bezugsquellen, Geschäftsgeheimnisse, Ansehen der Firma". Die Passiva umfassen alle Geschäftsverbindlichkeiten.

Diesem typischen Begriff des Handelsgeschäfts im weiteren Sinn steht im Einzelfall ein entsprechend engerer Begriff gegenüber. Die Grenze für diesen engeren Begriff ist dadurch gegeben, daß immer solche tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert vorhanden sein müssen, die den Fortbetrieb eines Handelsgewerbes gewährleisten (Handelsgeschäft im engeren Sinn).

Das Handelsgeschäft ist ein einheitliches Ganzes, ein Inbegriff von Vermögenswerten, die zu dem Zweck vereinigt erscheinen, Erträge im Handelsverkehr zu erzielen. Es ist ein Sondervermögen, d. h. ein Vermögen, das in gewissen Beziehungen, namentlich in bezug auf die Schuldenhaftung, als ein Ganzes und von dem übrigen Vermögen verschieden behandelt wird. Dies ist ganz klar bei einem typischen Handelsgeschäft, aber auch beim Handelsgeschäft im engsten Sinne kann man das Vorhandensein eines Sondervermögens annehmen, wenn man diesen Begriff auf „einen Inbegriff verschiedenster Vermögenswerte" abstellt.

Die deutsche Rechtsordnung erkennt die Einheit dieses Sondervermögens in gewissem Umfang an, aber nicht als einen einheitlichen Gegenstand von Sachenrechten. Dem positiven Recht ist ein Recht oder Rechte an dem Handelsgeschäft als solchem fremd. Diese Tatsache darf aber nicht zu der Verwechslung mit der Anerkennung eines aus der Betriebstätigkeit mit dem Sondervermögen für den Betriebsherrn sich ergebenden Persönlichkeitsrechts auf Achtung des so in Bewegung gesetzten Zweckvermögens führen. Kraft dieses Persönlichkeitsrechts werden auch der Bestand und die einzelnen Persönlichkeitsgüter ohne Rechtsform in gewissem Umfang geschützt, aber es ist ein reines Persönlichkeitsrecht, das der Übertragung nicht fähig ist.

Die vorstehend gekennzeichnete rechtliche Natur des Handelsgeschäftes steht in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtssprechung des Reichsgerichts[13]). Dieses betrachtet das Handelsgeschäft als ein Sondervermögen, das sich typischerweise aus Sachen, Rechten und tatsächlichen Beziehungen von Vermögenswert zusammensetzt. Es verneint Sachenrechte an dem Handelsgeschäft als solchem, schützt aber auf der anderen Seite einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als ein „sonstiges Recht" im Sinn des § 823 Abs. I BGB. gegen Eingriffe in seinen Bestand, womit nur das oben gekennzeichnete Recht gemeint sein kann[14]).

[12a]) Siehe *Gierke,* Grdrs. S. 65.

[13]) RG. LXVIII, 51; LXIX, 290, 429; LXX, 20; LXXXXIV, 237; CXXII, 422.

[14]) RG. LXXXXII, 132; LXXXXIV, 248; II, 225.

Aus dem Gesetz folgt, daß die Fortführung einer Zweigniederlassung durch den Erben nicht derjenigen eines Handelsgeschäfts gleichzustellen ist. Der § 27 HGB. handelt nur von der Fortführung eines zum Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts. Die Zweigniederlassung ist kein selbständiges Handelsgeschäft, sondern nur Zubehör eines solchen. Die Fortführung einer Zweigniederlassung verpflichtet daher den Erben nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts[15]).

B. Erforderlich ist die Zugehörigkeit des Handelsgeschäfts zu dem Nachlaß. Der Begriff Nachlaß und seine Bedeutung im Gegensatz zu dem Begriff Erbschaft ist bereits behandelt. Hier bedarf noch der Erwähnung, daß Erbe im Sinne dieser Vorschrift nur der Gesamtrechtsnachfolger sein kann. Gleichgültig dagegen ist, ob der Erbe auf Grund Gesetzes, Testaments oder Erbvertrages zur Nachfolge berufen worden ist. Die Zugehörigkeit zum Nachlaß soll jedoch nicht dahin verstanden werden, daß der Erblasser Eigentum an dem Handelsgeschäft gehabt haben muß. Nach § 1922 BGB. geht bei Todesfall das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben über. Dies bedeutet, daß der Erbe auf einmal in die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers eintritt, sofern diese vererblich sind[16]). Stand also das Handelsgeschäft auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts dem Erblasser zu, so geht es auch mit dem Vermögen des Erblassers auf den Erben über.

C. Der Erbe muß das Geschäft fortführen. Er muß also in rechtsgültiger Weise Erbe geworden sein und in die Rechtsstellung des Verstorbenen eingetreten sein. Gleichgültig ist, ob es sich um eine physische oder juristische Person handelt. Zweifelhaft könnte sein, ob der Erbe in eigener Person die Fortführung betreiben muß, oder ob er hiermit einen Vertreter betrauen kann. Es besteht keine Ursache zu der Annahme, daß die Fortführung durch einen Vertreter dem Sinne des Gesetzes widerspricht[17]).

Man muß hier zwischen den gewillkürten und gesetzlichen Vertretern unterscheiden. Erfolgt die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Vertreter auf Grund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht, so wirken seine Handlungen für und gegen den Erben nach Maßgabe des § 27. Die gleichen Wirkungen zeitigt die Vertretung ohne Vertretungsmacht im Falle der nachträglichen Genehmigung durch den Erben. Schließlich ist der Fall, daß der Erblasser einen Handlungsbevollmächtigten oder Prokuristen mit der Geschäftsführung betraut hat, hervorzuheben. Die Vertretungsmacht eines Prokuristen erlischt nicht bei Todesfall des Geschäftsherrn[18]). Nimmt der Erbe später die Erbschaft an, so wirkt die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Prokuristen für und gegen den Erben.

Erfolgt die Fortführung durch einen gesetzlichen Vertreter, so muß man unterscheiden zwischen Vertretern, deren Vertretungsmacht nur auf gesetzlicher Grundlage beruht (z. B. Pfleger und Vormund), und solchen, deren Vertretungsmacht außerdem noch auf einem eigenen Recht[19]) des Vertreters beruht (z. B. Inhaber der elterlichen Gewalt). Die Fortführung durch Personen, die ohne jedes eigene Vermögensinteresse, d. h. nur als

---

[15]) Vgl. *Schultess*, S. 4; *Meyer*, S. 5; *Pinner*, S. 84.
[16]) *Staudinger*, zu § 1922, Bem. IV, 1.
[17]) *Bolte*, S. 423 f.
[18]) § 52 HGB. in Verbindung mit §§ 672, 675 BGB.
[19]) *Bolte*, S. 424.

Vertreter des Erben auftreten, steht der Fortführung durch Bevollmächtigte gleich und zeitigt die gleichen Rechtsfolgen.

Tritt nun neben dieses gesetzliche Vertretungsrecht noch ein eigenes Recht des Vertreters an dem Vermögen des Erben, so macht diese Konkurrenz die Annahme der Fortführung des Geschäfts für den Erben sehr zweifelhaft. In dem oben erwähnten Beispiel kann der Inhaber der elterlichen Gewalt das Geschäft für das Kind fortführen und für sich nur die Nutzungen kraft des ihm zustehenden Nutzungsrechts beanspruchen[20]), oder er kann von seinem Verwaltungsrecht Gebrauch machen und das Geschäft im eigenen Namen fortführen. Hier löst nur der erste Fall die Rechtswirkungen des § 27 HGB. aus. Welche Rechtslage gegeben ist, wird in den meisten Fällen aus dem Handelsregister ersichtlich sein. Bringt das Handelsregister keine Klärung, so muß man sich mit der Vorschrift des § 164 Abs. II BGB. behelfen[21]). Im allgemeinen kann der Ehemann einer Erbin weder nach den gesetzlichen noch nach den vertragsmäßigen Güterständen des bürgerlichen Rechts seine Ehefrau durch Abgabe einer Willenserklärung obligatorisch verpflichten[22]). Führt nun der Ehemann das Geschäft fort, so wird man nur dann eine Fortführung im Namen der Frau annehmen können, wenn sie auf einer durch Rechtsgeschäft erteilten besonderen Vertretungsmacht beruht. Leben die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft und fällt das von der Ehefrau ererbte Handelsgeschäft in das Gesamtgut, so ist der Ehemann befugt, kraft seines Verwaltungsrechtes das Handelsgeschäft für sich fortzuführen[23]). Auch hier wird man sich bei etwa entstehenden Zweifeln mit der Vorschrift des § 164 Abs. II BGB. behelfen müssen.

D. Uneinigkeit herrscht bei der Beurteilung der Frage, ob die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter, Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker die Vorschriften des § 27 HGB. zum Zuge bringt. § 27 soll nur Anwendung finden, wenn der Erbe selbst oder sein Vertreter das Handelsgeschäft fortführt. Die Beantwortung dieser Frage hängt also von der Entscheidung, ob man die obengenannten Personen als Vertreter des Erben betrachten kann, ab.

Stegemann[24]) ist der Ansicht, daß bei Anordnung der Nachlaßpflegschaft, -Verwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses der Erbe nach § 27 Abs. I für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbedingt haften müsse, obwohl seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten sich gemäß § 1975 BGB. auf den Nachlaß beschränke. Seine Ansicht ist, die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft berühre die Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten nicht, und entkräfte im Fall einer die Dreimonatsfrist übersteigenden Fortführung des Geschäfts, das sich aus § 27, Abs. 2 ergebende Präjudiz nicht. Die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsschulden soll im Sinne des Gesetzes offenbar in einer besonderen und grundsätzlich von den Vorschriften des bürgerlichen Rechts abweichenden Weise geregelt werden. Die Schwierigkeit und Eigentümlichkeit dieser ganzen Materie entsteht durch die Verschmelzung des bürgerlichen mit dem

---

[20]) §§ 1649, 1652, BGB.
[21]) *Bolte*, S. 424; *Stegemann*, S. 102.
[22]) §§ 1375, 1443 Abs. II, 1519, 1549 BGB.
[23]) § 1443 BGB.
[24]) *Stegemann*, S. 125.

Handelsrecht. *Stegemann* ist der Ansicht, daß sich die Haftung für die Geschäftsschulden nur nach Handelsrecht bestimme, die für die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten nur nach bürgerlichem Recht. Bei konsequenter Durchführung dieser Trennung kommt man dann zu dem Ergebnis, daß Begriffe wie Nachlaßpflegschaft, Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs für die handelsrechtliche Haftung aus der Geschäftsforführung mit Firma ohne Bedeutung seien[25]).

Diese Ansicht steht in Widerspruch zu der herrschenden Meinung[26]). Man muß bei der Entscheidung dieser Frage von anderen Gesichtspunkten ausgehen. Hier ist nicht entscheidend, ob die Bestellung eines Nachlaßpflegers usw. eine Beschränkung der handelsrechtlichen Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten herbeiführt. Voraussetzung des § 27 ist die Fortführung des Geschäftes durch den Erben oder einen seiner Vertreter. Man wird die Entscheidung dieser Frage von der Vertretereigenschaft dieser Personen abhängig machen müssen, und kommt dabei zu einer Verneinung der Anwendbarkeit der Vorschriften des § 27, denn diese Personen sind nicht als Vertreter des Erben anzusehen. Der Testamentsvollstrecker gilt nach der h.M. weder als gesetzlicher Vertreter des Erblassers, noch des Erben, noch des Nachlasses. Er verwaltet vielmehr den Nachlaß in eigenem Namen kraft seines Amtes[27]). Das Wesen des Nachlaßpflegers ist bestritten. *Hellwig*[28]) ist der Ansicht, daß der Nachlaßpfleger den Nachlaß vertritt. Dies dürfte aber irrig sein, denn der Nachlaßpfleger ist nach den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts zu behandeln, also gesetzlicher Vertreter des Erben, auch wenn dessen Person noch nicht feststeht, da es im BGB. nur eine Personenvormundschaft gibt[29]). Jedoch beschränkt sich die Vertretungsmacht des Nachlaßpflegers auf den Nachlaß, da dies dem Wesen dieser Pflegschaft entspricht.

Die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters ist grundsätzlich ebenso aufzufassen wie die des Konkursverwalters[30]). Der Nachlaßkonkurs ist eine besondere Art Konkurs. Die Stellung des Nachlaßkonkursverwalters muß daher eine ähnliche sein wie die des Konkursverwalters, d. h. der Nachlaßkonkursverwalter gilt nach der h.M., der sogenannten Amtstheorie, weder als Vertreter des Gemeinschuldners noch der Gläubiger, sondern er ist ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausführung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnimmt[31]). Würde man nun dennoch unterstellen, die genannten Organe seien gesetzliche Vertreter des Erben, so könnten sie doch nur Erklärungen im Namen des Erben abgeben, soweit der vorhandene Nachlaß zur Deckung der aus

---

[25]) Vgl. *Pisko,* in Ehrenbergs Handbuch II, S. 257, Anm. 31 u. z. T. *Riesenfeld* I, S. 19.

[26]) *Staub,* § 27, Bem. 33; *Düringer-Hachenburg,* § 27, Bem. 2; *Brand,* S. 108; *Bolte,* S. 425.

[27]) *Staudinger,* §§ 2197—2201, Bem. I, F. 1 f. und die dort angegebene Literatur. — RG. LVI, S. 327; LXI, S. 139.

[28]) *Hellwig,* Anspruch, S. 72, 223, 248, 249, Anm. 19.

[29]) *Staudinger* zu § 1960, Bem. 4 b; *Dernburg,* Bd. V, S. 365.

[30]) *Planck,* Vorbem .6 b zu § 1975; RG. 70, 261; 81, 292; 88, 264.

[31]) Vgl. *Planck,* a.a.O.; *Staudinger,* zu § 1975, Bem. IV d hinsichtlich der verschiedenen Ansichten. — *Endemann,* § 125; *Strohal* II, § 79; RG, 29, 37; 54, 122; 76, 245.

diesen Erklärungen für den Erben erwachsenden Verbindlichkeiten ausreicht. Die Fortführung des Geschäfts durch den Erben unter der alten Firma über die Frist des § 27 Abs. hinaus, bewirkt aber die unbeschränkte Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Die für den Erben ungünstigere Stellung wird durch eine Willenserklärung herbeigeführt, die nicht im Machtbereich dieser Personen liegt, denn sie enthält eine Disposition über das außerhalb des Nachlasses stehende Vermögen des Erben.

E. In diesem Zusammenhang entsteht auch die Frage, ob im Falle eines Vermächtniserwerbs die Vorschriften des § 27 zur Anwendung kommen. Das Handelsgesetzbuch, das im § 27 nur von dem Erben spricht, hat in keiner Weise des Vermächtniserwerbes gedacht. Unter einem Vermächtnis versteht man die Zuwendung eines Vermögensvorteils von Todeswegen, und zwar im Wege der Begründung einer Forderung gegen den Erben[32]).

Nach der herrschenden Ansicht stellt der § 27 lediglich eine Verschärfung der bürgerlich-rechtlichen Erbenhaftung dar[33]). Seine Anwendung hat daher das Vorliegen einer allgemeinen Erbenhaftung zur Voraussetzung. Aus diesem Grunde verneint man einstimmig die direkte Anwendung des § 27 im Falle des Vermächtniserwerbes, da der Vermächtnisnehmer für die Schulden des Erblassers überhaupt nicht haftet[34]).

Große Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Anwendung des § 25 HGB. *Boehm*[35]) genügt die Tatsache, daß der Vermächtnisnehmer erst von dem Erben erwirbt, für die direkte Anwendung des § 25 mit allen seinen Folgen. Auch *Bolte*[36]) setzt sich für die direkte Anwendung des § 25 ein. Er erkennt wohl die sprachlichen Bedenken, die dieser Auffassung entgegenstehen, an, hält aber die Entstehungsgeschichte der beiden Paragraphen für gewichtiger. Danach waren im ersten Entwurf[37]) sämtliche Fälle des Geschäftserwerbes, einschließlich des durch einen Legatar, zusammengefaßt. Der zweite Entwurf[38]) schuf eine Trennung zwischen Erwerb unter Lebenden und Erwerb von Todeswegen. Da nun kein Anhaltspunkt vorliegt, daß der Geschäftserwerb im Wege des Vermächtniserwerbes von den Gesetzgebern des zweiten Entwurfes ausgeschlossen sein soll, meint *Bolte*, dieser Fall gehöre in das Anwendungsgebiet des § 25.

Die nähere Untersuchung des Wesens des Vermächtniserwerbes führt zu einem anderen Ergebnis[39]).

Das Legat begründet ein Forderungsrecht des Legatars gegen den Erben. Die Erfüllung durch den Erben — die dingliche Übertragung des Handelsgeschäfts an den Vermächtnisnehmer — bildet den eigentlichen Erwerbsakt. Trotzdem wäre es verfehlt, von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden zu sprechen, denn die Anordnung des die *causa* des Geschäftserwerbes bildenden Vermächtnisses stellt keinen obligatorischen Vertrag dar,

---

[32]) Vgl. RGRKomm., zu § 1939 BGB.

[33]) *Staub*, § 27, Anm. 1; *Gierke*, D.P. III, S. 244; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 1.

[34]) *Düringer-Hachenburg*, § 27, Bem. 14; *Staub*, § 27, Anm. 32.

[35]) *Boehm*, S. 425.

[36]) *Bolte*, S. 423.

[37]) *Bolte*, S. 416.

[38]) *Bolte*, S. 417.

[39]) *Staub*, § 27, Anm. 32; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 14; *Lehmann-Ring*, § 27, No. 7.

während im Falle des § 25 die Übertragung auf Grund eines obligatorischen Vertrages vollzogen wird. Es liegt also weder ein Fall des § 25 noch des § 27 vor. Es empfiehlt sich aber, die Bestimmung des § 25 analog anzuwenden, da die erforderlichen Erfüllungshandlungen zum Erwerbe eines Handelsgeschäfts auf Grund des Vermächtnisses dem auf Grund des Rechtsgeschäfts unter Lebenden gleichartig gestaltet sind.

Folgendes Ergebnis dürfte daher dem Sinne des Gesetzes am ehesten entsprechen: Der Vermächtnisnehmer haftet, wenn er das Geschäft unter der bisherigen Firma weiterführt, für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen, es sei denn, daß der Erblasser dem Erben die Haftung durch letztwillige Verfügung auferlegt hat, oder der Erbe durch Vertrag mit dem Vermächtnisnehmer die Haftung übernommen hat und die Befreiung des Vermächtnisnehmers von der Haftung in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist. Führt der Vermächtnisnehmer das Geschäft unter einer neuen Firma fort, so haftet er nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes.

Unabhängig davon haftet der Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, da er nach Maßgabe der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften für die Nachlaßschulden des Erblassers einzustehen hat. Hinsichtlich des Teiles der Nachlaßverbindlichkeiten, für den der Vermächtnisnehmer unter Umständen eintreten muß, kommt dem Erben die Verjährungsvorschrift des § 26 HGB. zugute.

F. Das Gesetz verlangt die Fortführung des Geschäftes durch den Erben. *Bolte*[40]) unterscheidet bei diesem Ausdruck eine führende und fortsetzende Tätigkeit des Erben. Das Wesen der führenden Tätigkeit des Erben läßt sich bei der Verschiedenheit der Geschäftsarten immer nur für den Einzelfall bestimmen. Allgemein kann man sagen, daß dann eine führende Tätigkeit vorliegt, wenn die Handlungen des Erben für den betreffenden Betrieb nur von einem Prinzipal ausgeführt werden können.

Über das Wesen der fortsetzenden Tätigkeit herrscht in der Literatur Streit. Die Mehrzahl der Autoren[41]) verlangt die Fortsetzung des erworbenen, konkreten Handelsgeschäfts als solches, d. h. die bisherige Firma darf nur für das Geschäft fortgeführt werden, wie es durch dieselbe individualisiert ist. *Staub*[42]) dagegen steht auf dem Standpunkt, daß eine völlige Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens dann zulässig ist, wenn sie allmählich erfolgt und die Kontinuität nicht unterbricht. Die Bedenken seiner Gegner, die darin eine Umgehung des § 23 HGB. sehen, sucht er zu zerstreuen mit dem Hinweis auf § 37 HGB., der dem Veräußerer gegen den Mißbrauch einer derartigen Umwandlung Schutz bietet, und auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das dem Konkurrenten Schutz gewährt.

Man wird sich wohl der weitergehenden Ansicht *Staubs* anschließen müssen. Der Einwand, es könnten Täuschungen des Publikums vorkommen, ist nur berechtigt bei einer sofortigen völligen Umwandlung des Geschäftsgegenstandes. Wenn man sich aber in der Wissenschaft einig ist, daß der

---

[40]) *Bolte*, S. 421.

[41]) *Lehmann-Ring*, § 22, No. 8b; *Düringer-Hachenburg*, § 22, Anm. 4; *Goldmann*, S. 94.

[42]) *Staub*, § 22, Anm. 10; *Makower*, § 22, IV c, 1; *Brand*, § 22, Anm. 3; *Cosack*, 7. Aufl., § 16, S. 63; RG. XLVI, S. 152; JW. 02, S. 186, Anm. 25.

Erwerber einer Firma den Umfang derselben wesentlich erweitern oder einschränken darf unter der Bedingung, daß die Kontinuität nicht verletzt wird, so ist unverständlich, daß die vollständige Umwandlung des Gegenstandes des Unternehmens, die ganz allmählich erfolgt, unzulässig sein sollte. Der Einwand, hier läge eine Täuschung der beteiligten Personenkreise vor, muß abgelehnt werden, denn während im Augenblick des Erwerbes die abgeleitete Firma wirtschaftlich nur ein Unternehmen bezeichnet, tritt sie und ihr Wert allmählich auch wieder in wirtschaftliche Beziehungen zu der Person des neuen Inhabers und kann dann, ohne daß darin eine Täuschung liegt, einen allmählichen Wechsel des Gegenstandes überdauern[43]). Der weitere Einwand, den *Düringer-Hachenburg*[44]) anführen, der frühere Inhaber der Firma oder seine Erben hätten ein Recht, daß die Firma, in deren Fortführung sie eingewilligt hätten, nur für das geschäftliche Unternehmen gebraucht werde, für welches sie begründet und von ihnen übertragen wurde, ist im Falle der Vererbung des Handelsgeschäfts belanglos.

Es ist verfehlt, dem Erben in seinen geschäftlichen Verfügungen Schranken auferlegen zu wollen. Die Geschäftstätigkeit des Erben verändert, beeinflußt von den unterschiedlichen Strömungen des Wirtschaftslebens, den individuellen Charakter des Handelsgeschäfts derart, daß es in späterer Zeit ein gänzlich verändertes Gepräge aufweist.

Die Fortführung muß sich zeitlich an die Geschäftstätigkeit des Erblassers anschließen, das will jedoch nicht sagen, daß eine vorübergehende Schließung des Unternehmens den Zusammenhang zerstört, sofern sie nicht einen außergewöhnlichen Umfang annimmt. Eine kurze Unterbrechung des Geschäftsbetriebs wird die Regel bei einem Todesfall sein, da der Erbe einige Zeit benötigt, um sich mit den Geschäftsverhältnissen vertraut zu machen. Die zeitweilige Fortführung des Geschäfts durch andere Personen, wie Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter usw., ist gleichfalls bedeutungslos, wenn sich die Fortführung des Geschäfts durch den Erben direkt an die Geschäftsführung dieser Personen anschließt.

G. Die Frage, ob das ererbte Geschäft einem Vollkaufmann gehört haben muß, wird heute allgemein bejaht. Lediglich *Goldmann*[45]) ist der Ansicht, der § 25 setze nicht das Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns voraus. Er sucht seine Ansicht damit zu begründen, daß der Begriff der Fortführung eines erworbenen Handelsgeschäfts nach § 25 HGB. sich nicht mit dem gleichen Begriffe des § 22 HGB. decke, da in § 25, I, 2 die Einwilligung des bisherigen Inhabers oder dessen Erben in die Fortführung der Firma als besonderes Erfordernis für den Übergang der Forderungen verlangt wird, während in § 22 diese Einwilligung überhaupt eine der Voraussetzungen für die Befugnis zur Fortführung der Firma bildet. Danach würde jeder, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft eines Minderkaufmanns unter der bisherigen Firma fortführt, obwohl diese Firmenfortführung gemäß § 4 HGB. eine unberechtigte ist, in die Schuldenhaftung eintreten und gegebenenfalls auch in den Forderungsübergang[46]).

---

[43]) *Makower*, § 22, IV, c 1.
[44]) *Düringer-Hachenburg*, § 22, Anm. 4.
[45]) *Goldmann*, S. 102.
[46]) Vgl. *Müller-Erzbach*, Kap. 15.

Diese Ansicht dürfte falsch sein. Die Anwendung des § 27 und des § 25 hat zur wesentlichen Voraussetzung, daß es sich um das Geschäft eines Vollkaufmanns handelt[47]). Das HGB. bestimmt im § 4, daß die Vorschriften über Firmen auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung finden. Die Vorschriften über Firmen sind in der Hauptsache in den §§ 17—37 HGB. enthalten. Die Anwendung der §§ 27, 25 kommt daher nur bei solchen Handelsgeschäften in Betracht, deren Inhaber im Besitze der Vollkaufmannsqualität ist. Die Fortführung des Handelsgeschäfts eines Minderkaufmanns bringt im allgemeinen nicht die Vorschriften der §§ 27, 25 zum Zuge.

Unerheblich ist die Eintragung einer Firma eines Vollkaufmanns in das Handelsregister, wenn seine Vollkaufmannseigenschaft auf § 1 Abs. 2 HGB. beruht. Diese Vollkaufleute haben das Firmenrecht auch ohne Eintragung und die Wirkung der Firmenführung und Firmenübertragung sind von der Eintragung unabhängig.

Eine Ausnahme tritt hinsichtlich der Behandlung von Minderkaufleuten ein, wenn der Name, unter dem der Minderkaufmann sein Geschäft betreibt, zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen ist. Es kommt hier die Vorschrift des § 5 HGB. zur Anwendung. Die falsche Eintragung bewirkt den Eintritt der gleichen Rechtsfolgen wie die berechtigte Eintragung einer Firma. Der zu Unrecht eingetragene Inhaber kann sich jederzeit auf die Eintragung der Firma berufen, muß aber auch die Nachteile dieser Eintragung auf sich nehmen. Führt nun der Erbe die zu Unrecht eingetragene Firma fort, so hat auch er die Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns, denn der Erblasser wurde auf Grund der Eintragung wie ein Vollkaufmann behandelt und der Erbe, der die Fortführung des Geschäfts mit Firma betreibt, muß sich gleichfalls die Behandlung als Vollkaufmann gefallen lassen. Es liegt darin keine Inkonsequenz gegenüber dem § 22 HGB. Dort handelt es sich um die Berechtigung zur Führung einer Firma, hier um die Wirkung einer erfolgten Eintragung gegenüber Dritten, und in einem solchen Falle Schutz zu gewähren, ist der wesentliche Zweck des § 5 HGB. Es bestehen also hier keine Bedenken, die Rechtsfolgen des § 27 in Verbindung mit § 25 eintreten zu lassen.

Fraglich ist die Anwendung des § 25 Abs. I auf Personen, die kraft ihres kaufmännischen Auftretens Scheinkaufleute sind. Das Reichsgericht versagt in diesem Falle die Anwendung des § 25, da das HGB. nicht den Satz kennt, daß der Minderkaufmann auf Grund seines kaufmännischen Auftretens schon als Vollkaufmann gilt[48]). Der Unterschied zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann liegt in dem Umfang des Geschäfts, also in dem objektiven Zustand. Die Täuschung über diesen Zustand, sei es, daß sie von dem Kaufmann selbst verursacht wird, macht den Minderkaufmann nicht zum Vollkaufmann. Sie könnte natürlich die Anwendung der §§ 123, 826 BGB. rechtfertigen.

Diese Entscheidung entspricht nicht den Grundsätzen der Billigkeit. Unverständlich ist, warum gerade im Falle des § 25 eine Ausnahme gemacht

---

[47]) *Staub,* § 27, Anm. 2; *Gierke* III, S. 241; *Lehmann-Hoeniger,* § 16, S. 58; *Makower,* § 25, II b; *Lehmann-Ring,* § 27, No. 9; *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 2; RG. LV, S. 83.

[48]) RG. LV, S. 85.

werden soll[49]). Hat sich der bisherige Inhaber als Vollkaufmann aufgespielt und das Bestehen einer ordnungsmäßigen Firma vorgetäuscht, und hat der Erbe diesen Anschein aufrecht erhalten, so entspricht es den Grundsätzen der Billigkeit, wenn gutgläubigen Dritten gegenüber die Haftung des Erben für die Geschäftsschulden gemäß § 27, 25 HGB. eintritt. Führt jemand ein Geschäft, das sich nach außen hin als ein vollkaufmännisches darstellt, mit der Firma fort, und tritt er auch weiterhin als Vollkaufmann auf, so bringt er nach Treu und Glauben zum Ausdruck, daß er die Pflichten, die mit der Fortführung eines Vollhandelsgewerbes unter Beibehaltung der alten Firma verbunden sind, auf sich nehmen will.

H. Die Vorschriften der §§ 27 und 25 kommen auch zur Anwendung, wenn der Erbe das Geschäft unter der bisherigen Firma mit Beifügung eines, das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt. Das Gesetz wollte hierfür nicht feststehende Bestimmungen geben. Es hat dem Erben freien Spielraum bei der Wahl der das Nachfolgeverhältnis andeutenden Bezeichnungen gelassen.

Zusätze wie: Paul Meyers Nachfolger — Fritz Sterns Erben — Heinrich Müller, Söhne — Kurt Kaysers Nachfg. Karl Schultze — oder Hans Schneider, vorm. Gustav Schmidt — stehen trotz ihrer Verschiedenheit nicht im Widerspruch mit dem Gesetz.

Schwierigkeiten entstehen, wenn der Name des fortführenden Erben mit dem des Erblassers gleichlautet, denn hier ist nicht ohne Weiteres festzustellen, ob der Erbe das Geschäft unter der alten oder unter einer neuen Firma fortführt.

Staub[50]) nimmt eine Fortführung mit Firma an, solange sich nicht die weitergehende Absicht erhellt. Diese Regelung scheint ihm die günstigere zu sein, da sie dem Erben die Einstellung während der Überlegungsfrist gewährt. Im Gegensatz zu *Staub* stehen die meisten Schriftsteller[51]). Sie nehmen im Hinblick auf die Folgen, die die Fortführung der Firma auslöst, an, daß der Erbe das Geschäft unter seinem eignen Namen, also unter neuer Firma, fortführt. Diese gegensätzlichen Auffassungen haben ihre Ursache in der Ansicht *Staubs*, der annimmt, die Fortführung des Handelsgeschäfts unter einer neuen Firma enthalte regelmäßig die Annahme der Erbschaft. Aus diesem Grunde hält er die Fortführung unter der alten Firma für günstiger, da hier für den Erben die Möglichkeit besteht, die Erbschaft noch auszuschlagen.

Über die Rechtswirkungen, die der Zusatz junior auslöst, konnte man sich auch nicht einigen. Man kann der Ansicht sein, daß dieser Zusatz die neue Firma als den Namen des jetzigen Inhabers kennzeichnen soll, man kann aber mit der gleichen Berechtigung behaupten, daß durch diesen Zusatz ausgedrückt werden soll, Erbe und Erblasser hätten den gleichen Namen gehabt. Im Einzelfall wird man den Tatbestand des § 27 als vorliegend erachten können, wenn die Fortführung der alten Firma unzweifelhaft im Interesse des Geschäfts liegt.

J. Schließlich bleibt noch die Auslegung des Begriffes „Geschäftsverbindlichkeiten" übrig. Dieser Begriff ist mit dem im § 25 Abs. 1 ent-

---

[49]) Arch.f.Bürgl.Recht, XXXXIII, S. 455.

[50]) *Staub*, § 27, Anm. 17; *Goldmann*, S. 95.

[51]) *Bolte*, S. 434; *Lehmann-Ring*, § 27, No. 3; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anmerkung 7.

haltenen Begriffe der „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" identisch[52]). Er umfaßt also die Verpflichtungen, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer derart engen Verbindung stehen, daß sie als eine Folge des Geschäftsbetriebes erscheinen. Der Rechtsgrund dieser Verbindlichkeiten ist unerheblich. Nicht nur Verbindlichkeiten aus Verträgen, sondern auch aus unerlaubten Handlungen und sonstigen Gründen[53]) können unter diese Vorschriften fallen.

Fraglich war die Zugehörigkeit von Schulden, die der Erblasser zum Zwecke der Begründung des Geschäfts eingegangen hatte[54]), da man Geschäftserwerb und Geschäftsbeginn nicht unter die in den Geschäftsbetrieb fallenden Rechtshandlungen rechnete. In der älteren Rechtsprechung verneinte man hier den zeitlichen Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb und umging diese Unsicherheit und überließ es den Parteien, diese Schuld zu einer Geschäftsverbindlichkeit zu stempeln. Lediglich die aus einem Vorbereitungsgeschäft stammenden Verbindlichkeiten, die mit dem Betrieb so wesentlich zusammenhängen, daß ohne sie von einem Geschäftsbetriebe nicht die Rede sein kann, zählte man zu den Geschäftsverbindlichkeiten.

Die neuere Rechtsprechung hat hierin Wandel geschaffen. Nach ihr gehören die zum Zwecke des Erwerbs oder der Begründung des Geschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten ebenfalls zu den Geschäftsschulden, denn es ist nicht einzusehen[55]), warum man die sogenannten Vorbereitungsgeschäfte und den Erwerb des Handelsgeschäfts, der doch auch ein Vorbereitungsgeschäft ist, verschiedenartig behandeln soll. Andererseits rechnet man die zum Zwecke des Erwerbs eines Handelsgeschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten nach ständiger Rechtsprechung[56]) zu den im Betriebe des Geschäfts entstandenen Schulden. Der Erwerb eines Handelsgeschäfts zum Zwecke des Weiterbetriebes ist als Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB. (als erste Betriebshandlung) anzusehen, und daher sind die zu diesem Zwecke gemachten Schulden als im Betriebe des Geschäfts gemachte Verbindlichkeiten zu betrachten.

Voraussetzung für die Zugehörigkeit zu den Geschäftsverbindlichkeiten ist, wie bereits erwähnt, daß die Verbindlichkeiten im Betriebe des Geschäfts entstanden sind. Scharf davon zu trennen sind die Privatschulden des Kaufmanns, d. h. solche Verbindlichkeiten, die der Kaufmann in seiner Eigenschaft als Privatmann eingegangen hat, z. B. die Miete für seine Privatwohnung.

Unter Umständen kann hier eine Abgrenzung große Schwierigkeiten bereiten. Oft wird man aus den Eintragungen in den Handelsbüchern die Schuld als Geschäftsverbindlichkeit feststellen können, doch versagt dieses

---

[52]) *Goldmann,* S. 130; *Staub,* § 25, Anm. 29; *Lehmann-Ring,* § 27, No. 2; *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 3. — A. M. *Bolte,* S. 444, (nach dem der Ausdruck frühere Geschäftsverbindlichkeiten des § 27 umfassender ist als der des § 25, da nicht nur die vor und während der Inhaberschaft des Erblassers entstandenen Verbindlichkeiten dazugehören, sondern auch alle diejenigen Verbindlichkeiten, die in der Zeit vom Erbfall bis zum Beginne der Fortführung durch den Erben auf Grund provisorischer Fortführung durch dazu berechtigte Dritte im Geschäftsbetriebe entstanden sind, soweit sie dem Erben überhaupt zur Last fallen).

[53]) D.S. 47; *Staub,* § 22, Anm. 29.

[54]) *Meyer,* S. 17; *Pinner,* S. 96; *Schultess,* S. 10.

[55]) JW. 1908, S. 206, Note 27.

[56]) JW. 1912, S. 1107, Note 10; vgl. Recht 1909, No. 2516.

Verfahren, wenn die Verbindlichkeit nicht in das Handelsbuch eingetragen ist[57]). In diesen Fällen greift dann die Vermutung des § 344 Platz, und zwar kommen Abs. 1 und 2 zur Anwendung[58]). Der Absatz 2, der sich mit der Zeichnung von Schuldscheinen beschäftigt und hierfür den Gegenbeweis ausschließt, enthält einen Teiltatbestand des Absatz 1, der von Rechtsgeschäften spricht.

Doch werden auch durch dieses Hilfsmittel nicht alle Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers erfaßt. Die Vermutung des § 344 erstreckt sich nicht auf Verbindlichkeiten, die aus anderen Rechtshandlungen des Kaufmanns, insbesondere aus unerlaubten Handlungen des letzteren oder seiner Angestellten herrühren. Auf der anderen Seite bedarf es einer Einschränkung hinsichtlich der Vermutung aus § 344 HGB. § 344 spricht von dem Betrieb eines Handelsgewerbes. Hatte nun der Erblasser mehrere Handelsgeschäfte und führt der Erbe nur ein Handelsgeschäft fort, so haftet er naturgemäß nur für die in diesem Betriebe entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten, denn die Begriffe Handelsgeschäft und Handelsgewerbe sind nicht identisch.

§ 4. *Die Rechtswirkungen des* § 27 HGB.

Im vorhergehenden Paragraphen haben wir die Voraussetzungen besprochen, die zur Anwendung der §§ 25, 27 führen. Wie gestaltet sich nun bei deren Vorliegen die Haftung des Erben eines Handelsgeschäftes?

Haftet der Erbe bereits nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften für die Nachlaßverbindlichkeiten, so bestimmt § 27 HGB., daß sich die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten aus der entsprechenden Anwendung des § 25 ergibt, allerdings mit der im § 27 Abs. 2 vorgesehenen Einschränkung.

Unter der entsprechenden Anwendung einer Gesetzesstelle auf einen anderen Tatbestand versteht man, daß der gesetzgeberische Gedanke, der in der ersten Gesetzesstelle Rechtssatz ist, sich auf den anderen Tatbestand erstrecken soll, unter Wahrung der verschieden gearteten Natur der Bestimmungen, die nur eine entsprechende Anwendung zulassen.

§ 25 behandelt den Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden. Er unterscheidet bezüglich der Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten zwischen dem das Handelsgeschäft unter der alten Firma oder einem Erwerber, der die Firma unter Anfügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortsetzt, und dem, der das Geschäft mit neuer Firma fortführt. Der erstere haftet in der Regel für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, der letztere haftet nur, wenn ihm durch einen besonderen Verpflichtungsgrund die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten auferlegt ist.

A. Diese Bestimmungen, auf den § 27 entsprechend angewandt, ergeben folgende Haftungsmöglichkeiten des Erben:

I. Übernimmt der Erbe das Handelsgeschäft des Erblassers und führt er es unter Beibehaltung der alten Firma oder unter Hinzufügung eines das

[57]) *Staub*, § 22, Anm. 29. — A. M.: *Düringer-Hachenburg*, § 25, A. 12.
[58]) *Bolte*, S. 440/1. — A. M.: *Staub*, a.a.O.

Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes über die Frist des § 27 Abs. 2 hinaus fort, so haftet er für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt.

II. Erfolgt die Fortführung des Handelsgeschäfts unter Annahme einer neuen Firma, so kommen bei entsprechender Anwendung des § 25 HGB. die erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. zum Zuge, es sei denn, daß der Erbe durch einen besonderen Verpflichtungsgrund seine unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten herbeigeführt hat.

III. Neben diese Bestimmungen tritt noch die Vorschrift des § 27 Abs. 2 HGB.: Stellt der Erbe bei Fortführung des Geschäfts unter Beibehaltung der alten Firma diese Fortführung innerhalb dreier Monate ein, so finden auf die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten gleichfalls die erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. Anwendung.

B. Hinsichtlich des Überganges der Forderungen können die für den Fall der Veräußerung eines Geschäfts gegebenen Bestimmungen im Falle des § 27 nicht entsprechend angewendet werden. Hier erübrigen sich besondere Bestimmungen, da das Erbrecht schon den Übergang der Geschäftsforderungen auf den Erben regelt[1]).

Bei der Betrachtung im Einzelnen nehme ich den Fall der Fortführung des Geschäfts unter Annahme einer neuen Firma vorweg, da hier handelsrechtliche Bestimmungen nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes zur Anwendung kommen. Erst an zweiter Stelle soll der größere Schwierigkeiten ergebende Fall der Geschäftsfortführung unter Beibehaltung der alten Firma einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden.

§ 5. *Die Stellung des Erben bei Fortführung des Geschäfts unter einer neuen Firma.*

I. Folgt man dem Gesetze wörtlich, so hat der Erbe im Falle der Geschäftsfortführung unter einer neuen Firma für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten überhaupt nicht einzustehen. Der § 25 Abs. 3 HGB. befreit — wenn nicht die Haftung durch einen besonderen Verpflichtungsgrund übernommen wird — den Geschäftserwerber, der die alte Firma nicht beibehält, von jeglicher Haftung für die füheren Geschäftsverbindlichkeiten.

Die wörtliche Durchführung dieser Gesetzesstelle würde jedoch zu einem völlig unbilligen und verkehrten Ergebnis führen. Einmal haftet in diesem Falle bei einem unter Lebenden veräußerten Handelsgeschäft der Veräußerer für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten weiter, im Falle der Vererbung des Handelsgeschäfts ist aber diese Möglichkeit nicht gegeben. Auf der anderen Seite steht dieses Ergebnis in krassem Gegensatz zu den erbrechtlichen Vorschriften des BGB., die dem Erben die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auferlegen. Die handelsrechtlichen Bestimmungen der §§ 27, 25 sollen aber nicht die Kraft haben, die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Erbenhaftung zu beseitigen. Die von dem Gesetz verlangte entsprechende Anwendung des § 25 führt daher zu dem Ergebnis, daß die Vorschriften des BGB. über die Haftung des Erben für die

[1]) D. S. 42.

Nachlaßverbindlichkeiten gleichfalls Anwendung auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten finden.

Der Umfang der Haftung des Erben bestimmt sich in diesem Falle nach den bürgerlich rechtlichen Vorschriften, deren Hauptbestimmungen bereits zu Beginn dieser Abhandlung Erwähnung gefunden haben. An dieser Stelle soll nur noch auf einige Einzelheiten näher eingegangen werden.

II. Es ist bereits erwähnt worden, daß mit der Annahme der Erbschaft der Erwerb zu einem definitiven wird. Diese Annahme braucht keine ausdrückliche zu sein, sie kann auch stillschweigend erfolgen. Eine derartige stillschweigende Annahme könnte man im Falle der Fortführung des Geschäfts unter einer neuen Firma vermuten. Die Tatsache, daß der Erbe dem Geschäft eine neue Firma, seinen eigenen Namen, gibt, läßt vermuten, daß er das Geschäft jetzt als sein eigenes betrachtet. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar.

In vielen Fällen kann man sogar ohne Weiteres das Gegenteil behaupten. Es können sehr wohl Gründe vorliegen, die den Erben veranlassen, auch bei einer nur einstwilligen Fortführung des Geschäfts, eine neue Firma anzunehmen[1]), z. B. weil der Erblasser bestimmt hat, daß mit seinem Tode die Firma erlischt. Jedenfalls geht *Staub*[2]) mit seiner Behauptung zu weit, in der Annahme einer neuen Firma immer die Betätigung des Erbschaftsannahmewillens zu erblicken. Die Entscheidung dieser Frage kann man immer nur von Fall zu Fall treffen.

III. An dieser Stelle ist denn auch auf die Frage der Haftung des Erben nach BGB. näher einzugehen, da der Erbe bei Fortführung des Geschäfts ohne die bisherige Firma nach den erbrechtlichen Grundsätzen des BGB. haftet.

In den früheren Jahren, kurz nach dem Inkrafttreten des BGB., war die Entscheidung dieser Frage sehr zweifelhaft. Man war sich nicht einig darüber, ob der Erbe von vornherein beschränkt oder unbeschränkt haften soll. Heute kann man wohl behaupten, daß die Entscheidung zugunsten der zweiten Ansicht ausgefallen ist.

a) Diejenigen Schriftsteller[3]), die der Ansicht sind, daß der Erbe von Gesetzes wegen für die Nachlaßverbindlichkeiten von vorneherein nur beschränkt haftet, und seiner beschränkten Haftung erst dann verlustig geht, wenn er innerhalb der Inventarfrist seiner Pflicht zur Errichtung des Inventars nicht nachkommt, oder sich eine sonstige, die unbeschränkte Haftung begründende Handlung zuschulden kommen läßt, berufen sich in der Hauptsache auf die Bemerkung in der Denkschrift[4]), die folgenden Wortlaut hat:

---

[1]) *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 7; *Lehmann-Ring,* § 27, No. 3; *Goldmann,* S. 131.

[2]) *Staub,* § 27, Anm. 6.

[3]) *Hachenburg,* Vorträge, S. 367, 369; *Goldmann* G. r. XXXXIII, S. 428; *Eccius,* G. r. XXXXIII, S. 503; *Frommhold,* Komm. zu § 1967; *Enneccerus-Lehmann,* II, § 167, No. 3; *Hagen,* Jh.Jahrb. XXXXII, S. 43—188; *Wilke,* Komm. zu § 1967; *Binder* II, § 19 (siehe u. Anm. [5]); *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 4; *Staub,* § 27, Anm. 6; *Goldmann,* S. 128; *Seuffert,* Zeitschrift f.Ziv.Prax. XXII, S. 498, 512, 522.

[4]) D. S. 263.

„Wenn hiernach der Entwurf bestimmt, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet (§ 1943 des Entwurfs), so hat er zunächst nur eine Haftung mit dem Nachlaß im Auge. (1950 ff.) Übrigens ist es Sache des Erben, die Beschränkung seiner Haftung im Wege der Einrede gegen die einzelnen Nachlaßgläubiger geltend zu machen. Der Entwurf hat es für richtiger erachtet, die beschränkte Haftung des Erben dahin zu regeln, daß der Nachlaß in der Hand des Erben als ein mit den Nachlaßverbindlichkeiten belastetes, von dem übrigen Vermögen des Erben getrenntes Vermögen behandelt wird."

b) Den Vertretern der beschränkten Haftung ist zu erwidern[5]), daß die oben zitierten Sätze der Denkschrift mehr hinsichtlich der praktisch beabsichtigten Wirkung als hinsichtlich des grundsätzlichen Standpunkts die Vorschriften des Gesetzes charakterisieren wollen[6]). Eine noch größere Schwäche weist jedoch die Begründung ihrer Ansicht auf. Der Entwurf bestimmt, daß es Sache des Erben sei, im Wege der Einrede gegenüber dem einzelnen Nachlaßgläubiger die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen und zwar entsprechend den Vorschriften der ZPO.

In diesem Zusammenhang ist auf die amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betreffend Änderung der ZPO. hinzuweisen. Hier heißt es[7]):

„Das BGB. geht davon aus, daß die Errichtung eines Inventars nicht notwendige Voraussetzung für die Abwendung der persönlichen Haftung des Erben ist.

Vielmehr haftet an sich jeder Erbe nur mit dem Nachlaß und zwar nur in der Weise, daß es seine Sache ist, diese Beschränkung der Haftung im Wege der Einrede gegenüber den einzelnen Nachlaßgläubigern geltend zu machen. Dem entspricht die Änderung im § 695 Abs. 1 des Entwurfs, wonach der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist."

Im Hinblick auf diese Ausführungen sagt der Verfasser der Denkschrift, *Unzner*, in seiner Besprechung[8]) der *Hachenburg*'schen Vorträge, daß in der Denkschrift die Haftung des Erben lediglich deshalb eine beschränkte genannt wird, weil dem Erben die Möglichkeit gegeben ist, die Beschränkung der Haftung herbeizuführen.

„Im übrigen", fährt *Unzner* fort, „dürfte schon dem Zusammenhang, in dem die Denkschrift den fraglichen Satz aufstellt, die wahre Ansicht der Denkschrift zu entnehmen sein. Denn wenn wirklich der Erbe an sich nur mit dem Nachlaß haften würde, so läge das Bedürfnis eines Schutzes gegen die aus Überschuldung des Nachlasses drohenden Gefahren nicht dem Erben, sondern den Nachlaßgläubigern gegenüber vor, und doch erörtert die

---

[5]) Vgl. *Cosack*, Lehrb. d. bürgerl. R., S. 148 ff.; *Dernburg*, Bd. V, S. 468; *Endemann*, Bd. III/2, S. 865 f.; *Kipp*, Bd. V, § 74 II/1; *Fischer-Henle*, Vorbem. 2 zu § 1967; *Planck*, Vorbem. zu § 1967; RGRKomm., Vorbem. zu § 1967; *Riesenfeld*, Bd. I, S. 66 ff.; *Staudinger*, § 1967, Bem. III A; *Warneyer*, § 1967, Anm. 1; *Wendt*, Arch.ziv.Pr. 86, 384; und neuerdings *Binder*, Erbrecht, II. Auflage, in Kaskel-Kohlrausch, S. 68 f.

[6]) *Staudinger*, zu § 1967, III, *Dernburg* V, § 164 II; DJZ. 1899, S. 369.

[7]) *Guttentag*'sche Ausgabe, S. 120.

[8]) Kr.V.J.Schr. XXXXI, S. 257.

Denkschrift an eben dieser Stelle, daß der Berufene, da er von selbst Erbe werde, zu schützen sei."

Meines Erachtens dürfte das BGB. schon durch die Anordnung des Stoffes sowie durch die Überschriften der Unterabschnitte auf die unbeschränkte Haftung des Erben hinweisen. In der zweiten Kommission, insbesondere in der zur Beratung des Inventarrechts eingesetzten Subkommission ist hierüber auch nie ein Zweifel laut geworden.

Unzner scheint mit seinen Ausführungen das Richtige getroffen zu haben, denn der Ausdruck „Beschränkung der Haftung" verlangt doch, daß die Haftung des Erben an sich eine beschränkte ist, sonst könnte nicht von einer herbeizuführenden oder eintretenden Beschränkung, sondern nur von einem „Beschränktsein oder einer Beschränktheit der Haftung" gesprochen werden. Wenn dieser grammatikalischen Deutung auch sprachliche Bedenken entgegenstehen, so spricht doch die Fassung des § 2012 BGB. für die oben gemachte Unterscheidung und die Stellung der Bestimmungen über die vom Gesetze sogenannte „unbeschränkte Haftung des Erben" nach dem dritten Unterabschnitte dieses Titels.

Wie schon erwähnt, wird die Ansicht, daß das Gesetz von dem Grundsatz der unbeschränkten Haftung ausgeht, durch die Gesetzesstellen verstärkt, nach welchen die Haftung des Erben sich auf den Nachlaß beschränkt[9]) (Vgl. BGB. §§ 1973, 1975, 1990, 1992; ZPO. § 778). Diese Bestimmungen wären doch überflüssig, wenn die Haftung des Erben an sich schon beschränkt wäre[10]). Auch aus den Motiven[11]) sowie aus den Protokollen[12]) ergibt sich, daß der erste Entwurf die persönliche und unbeschränkte Haftung des Erben befürwortete. Im § 2092 des ersten Entwurfes ist dem Erben nur die Möglichkeit gegeben, die Erfüllung der ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeiten wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten, nach Maßgabe der folgenden Paragraphen zu verweigern.

Weiterhin verdient der Gesichtspunkt Beachtung, daß in der Praxis der Nachlaßgläubiger außergerichtlich und im Prozesse den Erben persönlich und ohne Beschränkung belangen kann und es Sache des Erben ist, die Einrede zu machen, der Nachlaß reiche nicht zur Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus und die Unzulänglichkeit dem Gläubiger gegenüber geltend machen muß; außerdem, soweit der Nachlaß nicht ausreicht, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger verweigern muß. Zu dieser Entscheidung kommt man bei Beachtung der §§ 1973, 1975, 1990 BGB. und §§ 780, 781 ZPO.

c) Die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten tritt also erst ein, wenn er die entsprechenden Maßregeln ergreift, die das Gesetz ihm vorschreibt. Die Inventarerrichtung allein führt diese Beschränkung nicht herbei. Sie bildet die Grundlage für die Vermutung, daß zur Zeit des Erbfalles weitere Gegenstände als die im Inventar angegebenen nicht vorhanden sind. Sodann ist sie ein Mittel zur fortdauernden Erhaltung des Rechtes zur Herbeiführung der Haftungsbeschränkung auf

---

[9]) Vgl. *Staudinger*, zu § 1967 III A.
[10]) Vgl. *Planck*, in DJZ. 1899, S. 366.
[11]) Mot. V, S. 604 zu § 2092.
[12]) *Staudinger* zu § 2009; *Strohal* II, S. 209.

den Nachlaß, zur Sicherung der sonstigen Rechtsvorteile, die dem dieses Recht noch innehabenden Erben zukommen[13]).

Die Beschränkung der Haftung wird herbeigeführt:

1. durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder
2. Eröffnung des Nachlaßkonkurses[14]),
3. wenn mangels einer den Kosten entsprechenden Masse die Maßregeln, welche die separatio bonorum durchführen, untunlich oder undurchführbar sind[15]),
4. wenn die Überschuldung des Nachlasses lediglich auf Vermächtnissen und Auflagen beruht[16]) (Unzulänglichkeitseinrede).

Liegt eine dieser Voraussetzungen vor, so kann der Erbe sagen, „er hafte nur mit dem Nachlaß". Diese Tatsache bringt ihm aber nur dann Nutzen, wenn er sich in dem gegen ihn ergehenden Urteil die beschränkte Haftung vorbehalten läßt, um sie gegen seinen Gegner in der Zwangsvollstreckung geltend machen zu können (§ 780 ZPO.).

§ 6.

Fortsetzung: Die Haftung bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes.

I. In der Regel stimmt also die Haftung des Erben für die Geschäftsverbindlichkeiten bei Fortführung des Handelsgeschäfts unter einer neuen Firma nach Art und Umfang mit der Haftung für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten überein. Der Erbe kann aber auch bei Fortführung des Geschäfts unter einer neuen Firma für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften, wenn er diese Haftung durch einen besonderen Verpflichtungsgrund übernimmt. In diesem Falle steht die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten in keinem Zusammenhang mehr mit den Nachlaßschulden. Es liegt hier keine erbrechtliche Haftung vor. Der Erbe haftet den Geschäftsgläubigern auf Grund des Verpflichtungsgrundes als selbständiger Promittent unbeschränkt[1]). Gegenüber den anderen Nachlaßgläubigern bleibt ihm selbstverständlich die Möglichkeit, seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken, offen.

Der besondere Verpflichtungsgrund kann in den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften enthalten sein.

Z. B. in einer vertraglichen Bindung zwischen dem Erben und dem Gläubiger (§ 414 BGB.).

II. Das Gesetz hebt in § 25 Abs. 3 die „Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise" hervor[2]).

Erforderlich ist die handelsübliche Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten selbst dann, wenn man die Ansicht vertritt, die Über-

---

[13]) *Staudinger* zu § 2009; *Strohal* II, S. 209.
[14]) *Staudinger* zu § 1975, Bem. 2.
[15]) Vgl. *Staudinger,* Bem. I, 3 zu den §§ 1990/92.
[16]) Vgl. *Staudinger,* Bem. I, 3 zu den §§ 1990/92.
[1]) *Lehmann-Ring,* § 27, No. 3.
[2]) Vgl. *Staub,* § 25, Anm. 26/8; *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 7.

nahme des Geschäfts enthalte gleichzeitig die Übernahme aller hierbei nicht ausgeschiedenen Passiva. Die handelsübliche Bekanntmachung muß weiterhin eine vorsätzliche Kundgebung des Erben sein, die seinen Willen, die Geschäftsverbindlichkeiten zu übernehmen, zum Ausdruck bringt. Die Bekanntmachung muß in handelsüblicher Form erfolgen. Diesem Erfordernis wird Genüge geleistet, wenn

z. B. die Mitteilung der Passiven-Übernahme durch Zirkulare an eine so erhebliche Anzahl Geschäftsleute ergeht, daß daraus der Wille, alle Geschäftsschulden zu übernehmen, gefolgert werden kann. Sollen einzelne Gläubiger ausgenommen werden, so muß dies bekanntgemacht oder den betreffenden Gläubigern mitgeteilt werden[3]). Weiterhin wird die handelsübliche Form durch die Erklärung der Passivenübernahme zum Handelsregister zwecks Eintragung und Bekanntmachung[4]), durch öffentliche Bekanntmachung in Zeitungsanzeigen[5]), sowie durch Veröffentlichung der die Passiva enthaltenden Bilanz durch die übernehmende Gesellschaft[6]) gewahrt. Dagegen ist die Anzeige der Geschäftsübernahme keine handelsübliche Bekanntmachung, die die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zur Folge hat[7]).

Erfolgt die Mitteilung der Passivenübernahme nur an einzelne Gläubiger, so ist die Geltendmachung der unbeschränkten Haftung den nichtbenachrichtigten Gläubigern versagt, da es sich hier um keine Bekanntmachungen in handelsüblicher Weise handelt. Der Erbe haftet nur den benachrichtigten Gläubigern gegenüber unbeschränkt, da die Anzeige ihnen gegenüber den Charakter eines besonderen Verpflichtungsgrundes hat[8]).

Schließlich bedarf noch der Erwähnung, daß die handelsübliche Bekanntmachung von dem neuen Inhaber, dem Erben, ausgehen muß[9]).

Die Hervorhebung der handelsüblichen Bekanntmachung im Gesetz hat aus folgenden Gründen seine Berechtigung: Es bedarf keiner Annahme dieser von dem Erben abgegebenen Erklärung seitens der Gläubiger. Im bürgerlichen Recht gibt es nur wenige derartige einseitige Willenserklärungen, die ein Schuldverhältnis zur Entstehung bringen. Man mußte daher eine handelsrechtliche Spezialvorschrift schaffen, um den Erwerber bezw. den Erben eines Handelsgeschäfts aus dieser handelsüblichen Bekanntmachung der Passivenübernahme zu verpflichten. Diese Vorschrift kodifiziert[10]) ein längst geübtes, durch die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts[11]) und Reichgerichts[12]) festgelegtes Handelsgewohnheitsrecht, gemäß dem eine an Dritte gerichtete Erklärung der Passivenübernahme als eine in rechtsbegründender Absicht abgegebene Willenserklärung zu behandeln sei[13]).

---

[3]) RG. XXXVIII, S. 177.
[4]) RG. VIII, S. 64.
[5]) ROHG. III, S. 182.
[6]) DJZ. 1896, S. 57.
[7]) RG. L, S. 120.
[8]) *Staub*, § 25, Anm. 27.
[9]) *Düringer-Hachenburg*, S. 25, Anm. 26; a. M.: *Staub*, § 25, Anm. 28.
[10]) *Staub*, § 25, Anm. 29. — A.M.: *Schultess*, S. 21.
[11]) ROHG. XXI, S. 233.
[12]) RG. XXXVIII, S. 176.
[13]) RG. XXXVIII, S. 178.

§ 7.

A. Die Stellung des Erben bei Fortführung des Geschäfts unter Beibehaltung der alten Firma.

I. Wir kommen nun zu der Betrachtung der Rechtsfolgen, die die Fortführung des Geschäfts durch den Erben unter Beibehaltung der alten Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes hat. Das Gesetz schreibt in diesem Falle die entsprechende Anwendung des § 25 vor, doch vorbehaltlich der Bestimmungen des § 27 Abs. 2. Die unbeschränkte Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten tritt nur für den Fall ein, daß er die alte Firma unverändert über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 hinaus fortführt. Durch diese Vorschrift wird ein ganz bedeutender Unterschied gegenüber den Bestimmungen des § 25 geschaffen. Die unbeschränkte Haftung des Erben ist im Ergebnis die gleiche wie im § 25; ihrer Natur nach aber eine andere.

Sie tritt für die Geschäftsverbindlichkeiten ohne Rücksicht auf die sonstige Gestaltung der Haftung des Erben ein. Beschränkt der Erbe die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten infolge Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses usw. auf den Nachlaß, so haftet er trotzdem für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt. In diesem Fall kann er den Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung in dem gegen ihn ergehenden Urteil nicht verlangen, der Zwangsvollstreckung in sein nicht zum Nachlasse gehöriges Vermögen durch die Geschäftsgläubiger kann er keine Einwendung entgegensetzen (§ 781 ZPO.). Schließlich berührt das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (BGB. §§ 1970/74) die den Erben aus früheren Geschäftsverbindlichkeiten in Anspruch nehmenden Gläubiger nicht (BGB. § 2013). Ihnen gegenüber versagt die aufschiebende Einrede aus § 2015 BGB.

II. a) Bei der Schaffung des § 27 hat zweifelsohne der § 25 als Unterlage gedient. Diese Tatsache ließ in der Wissenschaft die Ansicht laut werden, die unbeschränkte Haftung aus § 27 stehe in keinem Zusammenhang mit der unbeschränkten Haftung des Erben nach BGB. Ein Teil der Schriftsteller[1]) vertritt die Anschauung, daß der Erbe, da die Vorschriften des § 25 auch bei ihm zur Anwendung kommen sollen, nicht anders wie ein Erwerber unter Lebenden haftet, daneben soll er selbstverständlich für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten seiner Erbenstellung entsprechend verhaftet bleiben. Sie konstruieren hier das Vorhandensein einer neben der erbrechtlichen Haftung bestehenden persönlichen „direkten" Haftung. Sie lehnen es ab, den neuen Inhaber nur als Erbe haften zu lassen, ihn somit günstiger zu stellen, als den Erwerber unter Lebenden (während seine Haftung doch aus der Fortführung der Firma resultiert, die Erbenhaftung aber auf dem Erschaftserwerbe beruht). Nach ihrer Ansicht ist es unvereinbar, daß eine erbrechtliche Haftung durch eine von dem Erbschaftserwerbe so wesensfremde Tatsache, wie es die Fortführung der Firma ist, ins Leben gerufen werden kann, und wiederum durch eine nicht weniger von dem Erbschaftserwerbe fremde Tatsache, wie es die Einstellung des Geschäftsbetriebes innerhalb der Frist des § 27 Abs. 2 ist, aus der Welt geschafft

[1]) *Bolte*, S. 435 ff.; *Stegemann*, S. 106/7.

werden kann. Sie glauben auf Grund dieser Sachlage eine Erbenhaftung verneinen zu müssen. *Bolte*[2]) sieht in der Fortführung der Firma eine besondere Art Willenserklärung. Er folgert daraus, daß der Erbe infolge der Firmenfortführung Schuldner in eigener Person wird, da er sich durch ausdrückliche Willenserklärung verpflichtet hat, neben seiner erbrechtlichen Haftung die „direkte" Haftung zu übernehmen.

Diese beiden Haftungen, die erbrechtliche und die „direkte" Haftung laufen nebeneinander her. Sie richten sich im allgemeinen gegen den Erben. Eine Abzweigung erfolgt, wenn Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs vorliegen: in diesem Fall richtet sich die erbrechtliche Haftung gegen den Nachlaßkonkursverwalter oder Nachlaßverwalter, während der Erbe weiterhin persönlich aus der „direkten" Haftung verpflichtet bleibt. Diese kann er aber durch Einstellung des Geschäftsbetriebs innerhalb der Dreimonatsfrist beseitigen. Es tritt denn auch hinsichtlich der Geschäftsverbindlichkeiten die erbrechtliche Haftung in Kraft.

Die vom Gläubiger vorzunehmenden Handlungen, wie z. B. Kündigung oder Mahnung müssen immer dem Träger derjenigen Haftung gegenüber vorgenommen werden, die der Gläubiger zu treffen beabsichtigt. Will man den Träger der „direkten" Haftung belangen, so muß man sich nicht nur an den Erben, sondern auch an den „direkt" haftenden Inhaber des Handelsgeschäfts wenden. In der Mehrzahl der Fälle jedoch wird der Erbe beide Funktionen in sich vereinigen. Ist Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs nach Entstehung der „direkten" Haftung eingetreten, so muß der Gläubiger, um die Fälligkeit einer kündbaren Forderung herbeizuführen, dem Nachlaßkonkurs- oder Nachlaßverwalter und dem Erben gegenüber die Kündigung erklären, wenn er letzteren auf Grund der „direkten" Haftung treffen will. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt man im Falle der Nacherbfolge, sowie im Falle der Entziehung der Erbschaft durch einen anderen Erben, nur daß hier Träger der „direkten" Haftung der Vorerbe oder Erbunwürdige bleibt, während die erbrechtliche Haftung endgültig auf den Nacherben übergeht.

b) Diesen Ausführungen kann man nicht beitreten. Der § 25 behandelt den Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden. In den meisten Fällen handelt es sich hier um die Übernahme eines Teils des Vermögens des Veräußerers durch den Erwerber. Dieser Vorgang begründet nicht die Haftung des Erwerbers aus § 419 BGB. Diese Vorschrift kommt nur zum Zuge, wenn der Erwerber das ganze Vermögen des bisherigen Schuldners übernimmt. Man mußte also diese Lücke in der Gesetzgebung durch eine neue Bestimmung ausfüllen, die die Gläubiger gegen die Folgen eines heimlichen Geschäftswechsels ohne Firmenänderung schützt. Nun wird an die Tatsache der Firmenfortführung eine Haftung des Erwerbers für die Betriebsverbindlichkeiten des bisherigen Schuldners geknüpft, ohne die Haftung des letzteren aufzuheben. Dem Gläubiger bleibt die Wahl, gegen einen der Schuldner vorzugehen und, wenn der zuerst Belangte die Forderung nicht begleichen kann, von dem anderen völlige Befriedigung zu verlangen.

Diese Möglichkeit hat der Gläubiger im Falle des § 27 HGB. nicht. Hier haftet nur der Erbe dem Gläubiger für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Seine Haftung für die Schulden des Erblassers ist schon kraft Erbrechtes unbeschränkt aber beschränkbar. Es ist daher nicht einzusehen,

---

[2]) *Bolte*, S. 437.

warum hier eine neue Haftung konstruiert werden soll, die noch nicht einmal in Erscheinung tritt, wenn der Erbe unbeschränkt haftet[3]). Man wird in diesem Falle viel eher das Vorliegen einer Verschärfung der erbrechtlichen Bestimmungen annehmen müssen[4]). Das Gesetz erklärt, um den Gläubigern eine ähnliche Sicherheit wie in § 25 zu verschaffen, den Erben seiner Beschränkungsmittel den Geschäftsgläubigern gegenüber für verlustig, wenn er — hierin liegt die Verbindung mit § 25 — die bisherige Firma beibehält. Diese Haftung besteht in einer Verschärfung der Erbenhaftung, die mit dem Wesen der besonderen handelsrechtlichen Haftung nichts gemeinsam hat. Nur der Eintritt erfolgt unter den Voraussetzungen des § 25.

Die von *Bolte* angegebenen Beispiele[5]) sind in keiner Weise geeignet, das Vorliegen einer „direkten" Haftung schlagend zu beweisen und die Annahme der „verschärften" Erbenhaftung zu widerlegen. Es kann — wie bereits oben erwähnt — vorkommen, daß der Erbe infolge der endgültigen Fortführung des Geschäfts für die Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, während er für die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten mit Beschränkung auf den Nachlaß haftet. Der Erbe bleibt hier in beiden Fällen, was *Bolte* zu verkennen scheint, verhaftet. Nur die Realisierung der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten und die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten erfolgt auf verschiedenen Wegen. Das eine Mal haftet er nur mit dem Nachlaß, das andere Mal auch mit seinem eigenen Vermögen. Das Zusammentreffen von beschränkter und unbeschränkter Haftung des Erben ist nicht widersinnig. Man findet dieses Paradoxon auch im Falle des § 2013 BGB. Diese Tatsache bildet also keine Veranlassung, die erbrechtliche Natur der unbeschränkten Haftung des § 27 zu verneinen.

Bolte führt als weiteres Beispiel der Haftungsspaltung den Eintritt der Nacherbschaft an. Bei deren Eintritt soll der Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten weiterhaften, während den Nacherben nur die erbrechtliche Haftung treffen soll. Auch in diesem Falle liegt kein Bedürfnis vor, eine handelsrechtliche Haftung zu konstruieren, denn die erbrechtlichen Haftungsbestimmungen reichen vollkommen zur Regelung dieses Falles aus. Liegt eine Nacherbeinsetzung vor, so erlischt bei deren Eintritt insoweit, als der Nacherbe haftet, die Haftung des Vorerben (§ 2145 BGB.). Hat der Erbe ein zur Erbschaft gehörendes Geschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt, so bleibt er, wenn der Nacherbe den Betrieb eingestellt hat und auch sonst nur beschränkt haftet, den Geschäftsgläubigern gegenüber verhaftet, da seine Haftung eine persönliche und unbeschränkte geworden ist. Haftet dagegen auch der Nacherbe unbeschränkt, so bleibt zwar die unbeschränkte Haftung des Vorerben bestehen, es kommt ihm aber die fünfjährige Verjährungsfrist des § 26 HGB., die analog angewendet werden kann, zugute. Auch in diesem Falle ist die Annahme der direkten Haftung überflüssig, denn die Anwendung der erbrechtlichen Bestimmungen führt zu dem gleichen Ergebnis.

Ein Irrtum muß *Bolte* unterlaufen sein bei der Annahme, die „direkte" Haftung verbleibe im Falle der Erbunwürdigkeit trotz Wegnahme des Nach-

---

[3]) So zustimmend auch *Bolte*, S. 437.

[4]) *Goldmann*, S. 131; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 4; *Cosack*, § 33 II; *Lehmann-Ring*, § 27, No. 2; *Staub*, § 27, Anm. 1; *Gierke*, III; S. 244.

[5]) *Bolte*, S. 237/8.

lasses bei dem Erbunwürdigen, die erbrechtliche Haftung gehe dagegen auf den nach ihm Berufenen über. Der Anfall der Erbschaft an einen Erbunwürdigen gilt nach § 2344 BGB. als nicht erfolgt. Der Erbunwürdige ist so gestellt, als sei er niemals Erbe gewesen. Der § 27 HGB. behandelt aber die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Erben. Seine Anwendung gegenüber einem Erbunwürdigen muß daher verneint werden, denn dieser erfüllt die Hauptvoraussetzung des § 27, Erbe zu sein, nicht.

Auf Grund dieser Ausführungen scheint mir zur Genüge bewiesen, daß die Konstruktion der „direkten" Haftung neben der erbrechtlichen Haftung zumindest überflüssig ist, und die Annahme, die Haftung aus § 27 HGB. stelle lediglich eine Verschärfung der erbrechtlichen Bestimmungen dar, Zustimmung verdient.

B. Der Nichteintritt der unbeschränkten Haftung bei Fortführung des Geschäfts unter Beibehaltung der alten Firma.

§ 8.

Die Einstellungsfrist.

I. Die Fortführung des Handelsgeschäfts unter der alten Firma hat erst dann den Eintritt der unbeschränkten Haftung zur Folge, wenn die Fortführung eine endgültige ist, d. h. über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 hinausgeht. Diese Frist soll dem Erben Zeit zu der Überlegung geben, ob die aus der Firmenfortführung entstehende unbeschränkte Haftung ihren Ausgleich in den durch die Firmenfortführung gewährten Vorteilen findet. Die Frist ist aus einem ähnlichen Beweggrunde wie die Ausschlagungsfrist des bürgerlichen Erbrechts geschaffen worden. Man will dem Erben Gelegenheit geben, sich über die Lebensfähigkeit des Handelsgeschäfts Gewißheit zu verschaffen, da der Anfall der Erbschaft in der Mehrzahl der Fälle so plötzlich erfolgt, daß der Erbe außerstande ist, sofort einen Überblick über die finanzielle Lage des Geschäfts zu haben oder zu gewinnen.

Mit dem Ablauf von drei Monaten ist die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten endgültig unbeschränkbar geworden. Wegen dieser weitgehenden Folgen wird auch der Gesetzgeber diese Bedenkzeit gegenüber der Ausschlagungsfrist verlängert haben, denn mit Ablauf der letzteren ist die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten immer noch auf den Nachlaß beschränkt.

II. Die rechtliche Natur der Abhängigkeit der unbeschränkbaren Haftung von der Einstellung der Fortführung kann folgende sein:

Man kann der Ansicht sein, die Haftung sei durch die Einstellung auflösend bedingt, d. h. die unbeschränkbare Haftung trifft den Erben bei Fortführung der alten Firma sofort, gilt aber rückwirkend als nicht eingetreten, wenn der Erbe innerhalb der Frist die Fortführung einstellt[1]).

Man kann aber auch in der Einstellung eine aufschiebende Bedingung sehen, mit anderen Worten, der Eintritt der unbeschränkbaren Haftung erfolgt sofort, ihre Wirksamkeit tritt aber erst nach Ablauf der Einstellungs-

[1]) *Binder* II, S. 215; *Pinner*, S. 107; *Makower*, 12/13. Auflage; S. 63 b.

frist ein, sofern der Erbe das Handelsgeschäft unter der alten Firma weiterführt[2]).

Schließlich besteht noch eine dritte Ansicht[3]). Danach tritt die unbeschränkbare Haftung während der Überlegungsfrist überhaupt nicht ein, sondern der Erbe haftet während der Dreimonatsfrist für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten in dem gleichen Maße wie für die anderen Nachlaßverbindlichkeiten. Diese Ansicht entspricht am ehesten dem Wortlaut des Gesetzes. Hätte der Gesetzgeber eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung aufstellen wollen, so hätte er der Vorschrift eine andere Form, als „die unbeschränkte Haftung tritt nicht ein" geben müssen. Den inneren Grund für diese Auffassung kann man aus der Denkschrift[4]) entnehmen. Die Wirkungen, welche bezüglich der Geschäftsverbindlichkeiten an die Fortführung des Geschäfts und der Firma geknüpft sind, sollen nicht eintreten, wenn die Fortführung vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird. Es würde zu weit gehen, dem Erben schon dann, wenn er nicht alsbald nach dem Tode des Erblassers das Geschäft aufgibt, oder eine neue Firma annimmt, entgegen den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs schlechthin eine unbeschränkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten aufzuerlegen.

Erst die Fortführung über die Frist hinaus bildet den Rechtsgrund für die unbeschränkbare Haftung, während des Laufes der Frist fehlt es an diesem Rechtsgrund, sodaß die Haftung weder als auflösend, noch als aufschiebend bedingte bezeichnet werden kann.

III. Der Beginn der Einstellungsfrist wird durch den Zeitpunkt bestimmt, in dem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt. Er muß nur Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft haben, nicht wie bei der Ausschlagungsfrist auch Kenntnis von dem Grund der Berufung. Aus diesem Grund ist für den Beginn der Einstellungsfrist ohne Bedeutung, ob der auf Grund letztwilliger Verfügung eingesetzte Erbe die Verfügung von Todes wegen kennt.

Der Erbe braucht nicht einmal die Fortführung des Geschäftes selbst übernommen zu haben. Hat ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter für den Erben das Geschäft unter Beibehaltung der Firma über die Dreimonatsfrist hinaus fortgeführt, so löst auch diese Fortführung die Rechtsfolgen des § 27 aus[5]). Anders liegt der Fall, wenn ein Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter die Geschäftsfortführung betreibt. Die Tätigkeit eines solchen Vertreters kann die Rechtswirkungen des § 27 nicht auslösen, selbst wenn die Fortführung weit über die Einstellungsfrist hinaus erfolgt. Der Erbe muß in diesem Falle, wenn er von dem Anfall der Erbschaft jedoch bei Übernahme des Geschäfts von dem Nachlaßverwalter usw. bereits seit drei Monaten Kenntnis hatte, sich sofort über die Fortführung der Firma schlüssig werden. Eine neue Überlegungsfrist wird ihm nicht gegeben[6]).

---

[2]) So *K. Lehmann,* Lehrbuch, S. 117.

[3]) *Bolte,* S. 446; *Stegemann,* S. 111; *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 11; *Makower,* 13. Auflage, 1906; § 27, IV, II; *Staub,* § 27, Anm. 15; *Pisko,* in Ehrenb. Hdb. II, S. 256; *Cohn,* Gr. XXXXII, S. 62 a.

[4]) D., S. 41.

[5]) *Bolte,* S. 450/1.

[6]) *Staub,* § 27, Anm. 19; Z.Bl.F.G. IX, S. 763.

IV. Die Dauer der Frist beträgt drei Monate. Der Ablauf der Frist kann sich jedoch bei entsprechender Anwendung des § 206 BGB. und gewisser erbrechtlicher Bestimmungen um ein Beträchtliches verzögern.

a) § 206 BGB. lautet:

> „Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von 6 Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als 6 Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der 6 Monate.
>
> Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist."

Selbstverständlich beträgt in unserem Falle in entsprechender Anwendung des § 206 Abs. I Satz 2 die Frist nur drei Monate[7]). Bei Anwendung dieser Bestimmung muß man zwei Fälle unterscheiden:

1. Der Erbe ist bei Kenntnis des Anfalles der Erbschaft geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Sein gesetzlicher Vertreter beendet während der Einstellungsfrist seine Tätigkeit. In diesem Falle beginnt mit der Bestellung eines neuen gesetzlichen Vertreters oder mit dem Eintritte der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Lauf der Einstellungsfrist von neuem.

2. Der Erbe wird während der Einstellungsfrist geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Auch hier beginnt der Lauf der Einstellungsfrist mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder der Wiedererlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit von Neuem[8]).

b) Weiterhin können erbrechtliche Bestimmungen den Lauf der Einstellungsfrist beeinflussen.

Die Einstellungsfrist kann nicht vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist der Erbschaft endigen. Solange der Erbe das Recht hat, die Erbschaft auszuschlagen, kann er sich von der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten durch Einstellung der Fortführung des Geschäfts befreien. Ist nämlich der Erbe berechtigt, sich durch Ausschlagung der ganzen Erbschaft von jeglicher Haftung zu befreien, so erübrigt sich eine vorherige Einstellung der Fortführung des Handelsgeschäfts zwecks Herbeiführung der beschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten.

Diese Bestimmung scheint auf den ersten Blick unverständlich, denn die Einstellungsfrist umfaßt drei Monate, während die Ausschlagung der Erbschaft innerhalb nur sechs Wochen erfolgen muß.

Es gibt jedoch einige Fälle, in denen die Ausschlagungsfrist die Einstellungsfrist überdauert:

1. Für den Beginn der Ausschlagungsfrist ist erforderlich, daß dem Erben neben der Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft auch der Grund der Berufung bekannt ist; es kann nun der Fall eintreten, daß der Erbe den Grund seiner Berufung erst lange Zeit nach der Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft erfährt.

---

[7]) *Boehm*, Gr. XXXXII, S. 709; *Riesenfeld*, S. 113; *Staub*, § 27, Anm. 21; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 12.

[8]) *Bolte*, S. 452; *Pinner*, S. 111. — A.M.: *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 12.

Z. B.: Der Erbe glaubt auf Grund Gesetzes zur Erbschaft berufen zu sein, während sich nach vier Monaten herausstellt, daß er auf Grund eines Testamentes zur Erbschaft berufen ist. Hier ist der Zeitpunkt für den Beginn der Fristen verschieden. Die Einstellungsfrist beginnt mit dem Augenblick, in dem der Erbe den Anfall der Erbschaft erfährt. Die Ausschlagungsfrist dagegen erst, wenn er erfährt, daß er auf Grund eines Testamentes berufen ist. Er hat also in dem vorliegenden Falle bei Anwendung der eben erwähnten Bestimmungen vier Monate und sechs Wochen Zeit für die Einstellung des Geschäftes.

2. Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, so beginnt der Lauf der Frist frühestens mit der im Eröffnungstermin erfolgten Verkündung (BGB. § 1944 Abs. II Satz 2). Hier kann die Verlängerung der Einstellungsfrist bis zu dem Zeitpunkt eintreten, in welchem die vom Augenblick der gerichtsseitigen Verkündung laufende sechswöchentliche Ausschlagungsfrist, sofern diese die Einstellungsfrist überdauert, beendet ist.

3. Ist der Erbteil eines zum Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten größer als der Pflichtteil, aber mit Belastungen und Beschränkungen beschwert, so kann der Erbe den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Die Ausschlagungsfrist beginnt mit dem Augenblick, in dem der Erbe von den Belastungen und Beschränkungen Kenntnis erlangt. Es ist nun möglich, daß diese Beschränkungen und Belastungen dem Erben erst nach längerer Zeit bekannt werden und ihn bestimmen, seinen Erbteil auszuschlagen, um seinen Pflichtteil unbelastet verlangen zu können. (§ 2306 BGB.) In diesem Fall kann der Erbe die Einstellung der Fortführung bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist, unter Umständen also noch nach zehn Monaten, bewirken.

4. Schließlich wird die sechswöchentliche Ausschlagungsfrist auf die Dauer von sechs Monaten ausgedehnt, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland gehabt hat oder der Erbe sich bei Beginn der Ausschlagungsfrist im Ausland aufhält. (§ 1944 Abs. III BGB.) Hier läuft die Einstellungsfrist auch erst nach sechs Monaten ab.

V. Wie steht es nun mit den während der Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. von dem Erben vorgenommenen Rechtsgeschäften? *Staub*[9]) ist der Ansicht, daß die Gültigkeit der Verfügungen sich nicht nur auf solche beschränkt, die ohne Nachteil für das Geschäft nicht verschoben werden können, sondern er behauptet, der Absatz 2 enthalte eine allgemeine Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Fortführung des Geschäfts. Diese Ansicht kann man nicht teilen. Weder aus dem § 27 HGB., noch aus dem § 1959 BGB. ergibt sich eine solche Ermächtigung[10]). Vielmehr geht aus den Motiven[11]) hervor, daß man bei § 2056 des ersten Entwurfes des BGB., aus dem der § 1959 BGB. entstand, es unterließ, eine Vorschrift des Inhalts, daß der vorläufige Erbe auf die Erbschaft greifen und sie verwalten könne, zu treffen, um Mißverständnisse, insbesondere die Annahme zu ver-

---

[9]) *Staub*, § 27, Anm. 28.
[10]) *Ritter*, § 27, Anm. 3; *Goldmann*, S. 136; *Goldmann* in Festschrift für *Wilke*. S. 133.
[11]) Mot., Bd. V, S. 536.

meiden, der Erbe, welcher noch ausschlagen könne, sei durch das Gesetz ermächtigt, die Erbschaft für sich innezuhaben und zu verwalten.

Es können nun zwei Fälle eintreten: der Fortführende kann die Erbschaft annehmen oder nachträglich ausschlagen.

a) Nehmen wir zuerst den Fall, der Fortführende schlägt die Erbschaft aus, und die Erbschaft fällt dem nächstberufenen Erben an. Nach § 1953 Abs. I BGB. gilt bei Ausschlagung der Erbschaft durch den Erben der Anfall an ihn als nicht erfolgt. Die Folge davon wäre, daß die Verfügungen, die der Erbe über die Nachlaßgegenstände getroffen hat, unwirksam würden. Das Gesetz hat diese Folgerung nicht gezogen. Vielmehr bestimmt es in dem § 1959 Abs. II—III, daß diejenigen Verfügungen, die nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnten, und die Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden müssen, wenn sie vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen werden, auch nach der Ausschlagung wirksam bleiben. Für die über diesen Rahmen hinaus eingegangenen Verbindlichkeiten des ausschlagenden Erben haftet dieser persönlich und mit seinem ganzen Vermögen.

Der nachträglich annehmende Erbe haftet dem Dritten nicht persönlich für die zwischenzeitlichen Verbindlichkeiten, da es hier an jedem Rechtsgrund fehlt[12]). Verfehlt ist die Ansicht, daß die aus diesen Geschäften entstehenden Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten seien, für die nicht der provisorische Erbe, sondern der endgültige Erbe haftet[13]). Für das Verhältnis nach außen wird lediglich der ausschlagende Erbe verpflichtet, denn er hat im eigenen Namen und nicht als Vertreter des endgültigen Erben gehandelt. Schließlich wird der mit dem ausschlagenden Erben abschließende Dritte durch seinen guten Glauben geschützt[14]).

Das zwischen dem ausschlagenden und endgültigen Erben entstehende Verhältnis regelt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der endgültige Erbe muß nach § 683 BGB. die Aufwendungen des ausschlagenden Erben ersetzen. Die dem vorläufigen Erben zustehenden Ansprüche aus seiner Geschäftsführung sind Nachlaßverbindlichkeiten für den endgültigen Erben, da sie zu den „den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten" gehören[15]).

b) Einfacher ist die Entscheidung, wenn der vorläufige Erbe die Erbschaft endgültig annimmt. Die Haftung für die während der Schwebezeit von dem Erben eingegangenen Verbindlichkeiten wird im Gesetz nicht geregelt. Die Entscheidung über die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung hängt von der Unterscheidung dieser Schulden von den gewöhnlichen Geschäftsschulden ab. Hierbei ist ausschlaggebend, ob der Erbe sie begründet hat und ob sie während des Provisoriums entstanden sind.

Fallen die neubegründeten Geschäftsverbindlichkeiten unter die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten und damit unter die Nachlaßverbindlichkeiten, so ist für den Ausschluß der persönlichen Haftung des Fortführenden des Handelsgeschäfts seine sonstige Haftung für die

---

[12]) *Staub*, § 27, Anm. 28; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 13.
[13]) *Goldmann*, S. 136; *Makower*, § 27, IV a, 2.
[14]) Vgl. BGB. § 932; HGB. § 366; *Staub*, § 28, Anm. 28; Seuff.Arch. 65, S. 257; Mot. Bd. V, S. 538.
[15]) *Staudinger*, zu § 1967 II 2 b; RGRKomm. § 1967, Anm. 2, 3.

Nachlaßverbindlichkeiten von Erheblichkeit. In der Rechtssprechung und Literatur ist diese Ansicht sehr bestritten. Den Erben trifft als solchen eine Verbindlichkeit nur dann, wenn sie ihre Entstehung von dem Erbfalle herleitet, wenn also der Erbfall zu ihrer Entstehung unbedingt nötig ist. Die während der Schwebezeit eingegangenen Geschäftsschulden haben ihren Entstehungsgrund nicht in dem Erbfall, sondern in dem Betrieb des Handelsgeschäfts. Denkt man sich den Erbfall weg, so entstehen diese Geschäftsverbindlichkeiten mit dem Unterschied, daß anstelle des Erben der Erblasser sie eingegangen hätte. Der Erbe hätte trotz des Erbfalls die Entstehung der Geschäftsschulden verhindern können, wenn er keine neuen Verbindlichkeiten während der Schwebezeit eingegangen hätte.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß die während der Schwebezeit entstandenen Verbindlichkeiten den Erben nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern als Inhaber des ererbten Handelsgeschäfts verpflichten. Die Möglichkeit, daß der Erbe bei Begründung der Verbindlichkeiten in Verwaltung des Nachlasses gehandelt hätte, würde ihn zwar berechtigen, von dem späteren Erben oder aus der Konkursmasse nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen. Das in Frage stehende Außenverhältnis zu den Geschäftsgläubigern würde jedoch in keiner Weise berührt werden. Das Gesetz bietet keine Stütze, daß das Provisorium die Haftung des Erben für jene Verbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränkt. Die Anwendung des vielleicht in Betracht kommenden § 139 Abs. 4 HGB. muß auch abgelehnt werden. Dort haften die übrigen Gesellschafter den Geschäftsgläubigern unmittelbar und unbeschränkt, sodaß das Ausscheiden des Erben nur in den seltensten Fällen die Befriedigung der Geschäftsgläubiger beeinträchtigt, während bei der Einstellung des Betriebes eines ererbten Handelsgeschäfts durch den Einzelkaufmann die Befriedigung der Geschäftsgläubiger im Falle der Haftungsbeschränkung sehr gefährdet ist. Es ist daher augenscheinlich, daß § 139 Abs. 4 HGB. nur für die besonderen Verhältnisse der offenen Handelsgesellschaft in Frage kommt.

Diese Ausführungen beweisen zur Genüge, daß die Haftung des Erben für die während der Schwebezeit eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber den Geschäftsgläubigern notwendigerweise eine unbeschränkte und unmittelbare ist[16]).

§ 9. *Die Einstellung der Fortführung.*

Führt der Erbe das Geschäft unter der alten Firma fort, so kann er dennoch der unbeschränkten Haftung entgehen, wenn er, wie wir bereits erwähnt haben, die Fortführung des Geschäftes innerhalb der Dreimonatsfrist einstellt. Diese Tatsachen gaben der Wissenschaft zu großen Meinungsverschiedenheiten Anlaß; man ist sich nicht über die Maßnahmen, die eine Einstellung der Fortführung herbeiführen, einig. Aus dem Gesetzestext die Ansicht des Gesetzgebers festzustellen, ist unmöglich. Die redaktionelle Unsicherheit des Gesetzes läßt die Berufung auf das Gesetz für beide in der Literatur vertretenen Meinungen zu.

---

[16]) *Staub*, § 27, Anm. 28; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 13; *Wachsner* in LZ. 1910, S. 381; *Eccius* in Gr. Ed. 51, S. 564; *Kretzschmar*, in Z.Bl.F.G., Bd. 17, S. 10.

1. Die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller[1]) legt das Gesetz dahin aus, daß völlige Einstellung des Betriebes erforderlich sei, ohne jedoch besondere Vorschriften über die Art und Weise der Einstellung zu geben. Die langsame Abwicklung der Geschäftsverbindlichkeiten, unter Umständen die Eingehung neuer Geschäfte zum Zwecke der Liquidation stehen daher zu dem Gesetze nicht in Widerspruch, sofern sie die Abwicklung des Geschäftsbetriebs zum Ziel haben.

Diese Ansicht wird von einer Anzahl Schriftsteller unter Führung von *Bolte* bekämpft[2]). Ihren Ausführungen ist zu entnehmen: Die völlige Einstellung des Geschäftsbetriebes übt auf den Erben, der die Fortführung begonnen hat, einen zu großen Druck aus, der unter Umständen ein vielleicht ganz lebensfähiges Geschäft zerstört, nur um die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten abzulehnen. Die Schwebefrist verliert dann den Charakter einer dem Erben gewährten Überlegungsfrist, da dem fortführenden Erben nur zwei Möglichkeiten gegeben werden, den Betrieb des Handelsgeschäfts einzustellen oder ihn weiterzuführen und die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zu übernehmen. Den Charakter einer Ueberlegungsfrist kann aber die Schwebefrist nur dann haben, wenn dem Erben alle denkbaren Möglichkeiten der Verwertung des Handelsgeschäfts zur Verfügung stehen. Dieses zweite denkbare Ergebnis wird durch eine weitergehende Auslegung des Gesetzestextes „wenn die Fortführung des Geschäftes eingestellt wird" gewonnen[3]). Unter Fortführung ist alsdann diejenige besondere Art der Fortführung zu verstehen, die der Gesetzgeber vorher zur Grundlage der unbeschränkten Haftung gemacht hat, nämlich „die Fortführung durch den Erben unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis bezeichnenden Zusatzes". Diesem Gedankengang folgend, tritt die unbeschränkte Haftung erst ein, wenn die sämtlichen oben erörterten Erfordernisse des Tatbestands des § 27 noch nach Ablauf der Einstellungsfrist vorliegen. Die unbeschränkte Haftung des § 27 tritt aber nicht in Erscheinung, wenn auch nur eines dieser Erfordernisse vorher wegfällt, z. B. die sachliche Änderung des Geschäftsbetriebs oder die Annahme einer anderen Firma während der Schwebezeit.

Es bestehen hier große Bedenken, ob die Vertreter dieser Ansicht sich nicht zu sehr von volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten haben leiten lassen. Hätte der Gesetzgeber an eine derartige Auslegung gedacht, so wäre es ihm ein Leichtes gewesen, Mißverständnisse durch eine andere Formulierung des Gesetzes aus dem Wege zu schaffen — etwa statt Fortführung des Geschäfts Fortführung der Firma —. Für zu weitgehend halte ich auch die Behauptung *Boltes*, die Schwebezeit habe nicht den Charakter einer Überlegungsfrist. Der Erbe hat doch immerhin die Wahl zwei Wege einzuschlagen. Es ist daher verfehlt, die Frist erst dann als Überlegungsfrist zu charakterisieren, wenn dem Erben alle Möglichkeiten zur Wahl offenbleiben. M. E. ist der Charakter einer Überlegungsfrist schon dann gewahrt, wenn man sich nur unter zwei Möglichkeiten entscheiden muß.

---

[1]) *Staub*, § 27, Anm. 22; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 11; *Gierke*, D.P.R. III, S. 244; *Goldmann*, § 27, Anm. 2, IV; *Brand*, S. 110; *Strohal*, Bd. II, S. 323; *Binder*, II, S. 15; *Müller-Erzbach*, S. 85; *Cosack*, S. 105.

[2]) *Bolte*, S. 447; *Stegemann*, S. 113; *Pisko*, S. 257; *Makower*, § 27, Anm. IV a, 2; *Riesenfeld*, I, S. 112/115.

[3]) *Bolte*, S. 448.

Man wird also die Ansicht *Boltes* und seiner Anhänger für zu weitgehend halten und die herrschende Meinung als die dem Sinne des Gesetzes entsprechende betrachten müssen.

II. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu behandeln, ob der Verkauf des Handelsgeschäfts durch den Erben eine Einstellung des Betriebs im Sinne des Gesetzes darstellt. Auch hier konnte sich die Wissenschaft nicht einigen. Ein Teil der Schriftsteller[4]) ist der Ansicht, der Verkauf des Geschäftes stelle sich nicht als Einstellung des Betriebes dar. Gerade hierin zeige sich der auf endgültige Fortsetzung des Betriebes gerichtete Wille des Erben, denn er erlangt durch die Verwertung des Geschäftes die Vorteile dauernden Weiterbetriebes — der Kaufpreis stellt den Ausgleich der Vorteile dar, die ihm infolge dauernden Weiterbetriebes des Handelsgeschäfts unter der alten Firma zugefallen wären. Aus diesem Grunde ist nicht einzusehen, warum dem Erben die Nachteile der unbeschränkten Haftung abzunehmen seien. Das Reichsgericht[5]) hat sich dieser Ansicht angeschlossen. Es stützt zwar seine Entscheidung auf den Umstand, daß der Erwerber das Handelsgeschäft mit Firma fortführt. Es führt zur Begründung seiner Ansicht die Denkschrift an[6]). Danach sollen die Wirkungen, welche bezüglich der Geschäftsverbindlichkeiten an die Fortführung des Geschäfts und der Firma geknüpft sind, nur dann nicht eintreten, wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebes vor dem Ablaufe von drei Monaten eingestellt ist. Schließlich heißt es, daß der Entwurf durch diese Vorschriften dem Erben genügend Zeit gewährt, sich über die endgültige Fortführung der Firma schlüssig zu werden.

Diejenigen Schriftsteller[7]), die in der Veräußerung des Handelsgeschäfts, gleichviel ob mit oder ohne Firma, die Einstellung der Fortführung durch den Erben sehen, begründen ihre Ansicht wie folgt: Ist der Nachlaß imstande, die auf ihm lastenden Verbindlichkeiten zu tragen, so haben die Gläubiger kein erhöhtes Interesse an den Vorteilen, die die Veräußerung dem Erben gewährt, andererseits kommt im Falle der Überschuldung des Nachlasses die Veräußerung des Geschäftes den Gläubigern zugute, da der Kaufpreis in den Nachlaß fällt. Das Gesetz stelle lediglich den Grundsatz auf, daß an die über die Schwebezeit sich hinauserstreckende Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma sich die unabwendbare Folge der unbeschränkten Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten knüpft. Es soll dem Erben dadurch die Möglichkeit gegeben werden, einstweilen das Geschäft unter der alten Firma fortzuführen und durch Auflösung oder Veräußerung des Geschäfts während der Schwebezeit die unter Umständen verhängnisvollen Wirkungen der unbeschränkten Haftung zu bannen.

Diese Auslegung ist verfehlt. Das Erfordernis des § 27 Abs. II, die Einstellung des Betriebes, wird durch den Verkauf nicht erfüllt. Eine Befreiung des Erben von der unbeschränkten Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten kann daher nicht eintreten. Die Haftung gestaltet sich vielmehr folgendermaßen: Der Erwerber des Handelsgeschäfts haftet für die

---

[4]) *Staub,* § 27, Anm. 26; *Gierke,* D.P.R. III, S. 244; *Lehmann-Ring,* § 27, No. 5; *Ritter,* § 27, Anm. 3; LZ. 1913, S. 664; *Makower,* § 27, IV.

[5]) RG. 56, S. 196.

[6]) Vgl. D. S. 41; *Mugdan,* Materialien, V, S. 220.

[7]) *Goldmann,* S. 136; *Pisko,* S. 257; *Düringer-Hachenburg,* § 27, Anm. 11; *Bolte,* S. 447; *Stegemann,* S. 113.

früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt nach den Vorschriften des § 25 HGB., da es sich um einen Fall des Erwerbes eines Handelsgeschäftes unter Lebenden handelt. Der Erbe bleibt gleichfalls nach Ablauf der Frist des § 27 Abs. 2 verhaftet, doch kommen bei ihm als dem früheren Inhaber die Verjährungsvorschriften des § 26 HGB. zur Anwendung. Er ist also nach fünf Jahren von der Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten frei.

§ 10. *Die Anwendbarkeit des § 25 Abs. II HGB. im Falle der Vererbung eines Handelsgeschäfts.*

Wir haben nun den Einfluß der Vorschriften des § 25 Abs. 1 und Abs. 3 auf den Tatbestand des § 27 ausführlich erörtert. Es bleibt jetzt noch zu entscheiden, ob der § 27 eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des § 25 Abs. 2 zuläßt.

I. Im Falle des Erwerbes eines Handelsgeschäfts unter Lebenden können die beteiligten Parteien, Erwerber und Veräußerer eine abweichende Vereinbarung treffen, der zufolge der Erwerber die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten trotz Fortführung der alten Firma nicht übernimmt. Diese Vereinbarung muß aber bei Beginn der Fortführung des Geschäfts in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht werden. Erfolgt die Eintragung nach Beginn der Fortführung, so ist sie wirkungslos.

II. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften im Falle der Vererbung eines Handelsgeschäfts ist sehr zweifelhaft.

Ein Teil der Schriftsteller verneint die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 überhaupt, andere wollen sie nur in gewissen Fällen angewendet wissen und eine dritte Gruppe erachtet die entsprechende Anwendung in jedem Fall für zulässig.

a) *Staub,* der die entsprechende Anwendung des § 25 überhaupt bejaht, führt aus[1]): Der Erbe kann in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 die Übernahme der unbeschränkten Haftung für die bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten trotz Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma ablehnen. Diese Kundgebung befreit ihn natürlich nicht von der Haftung für die Nachlaßschulden in seiner Eigenschaft als Erbe, denn diese Haftung ist die notwendige Folge seiner Erbeigenschaft. Durch diese Kundgebung bewirkt er lediglich, daß seine Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten und Nachlaßverbindlichkeiten keine unterschiedliche Behandlung erfährt. Der Eintritt der unbeschränkten Haftung für seine Nachlaßverbindlichkeiten kann sich immer noch aus anderen Gründen ergeben. Als inneren Grund für die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2, auch bei einseitigen Erklärungen, führt er aus, daß nicht die einseitige Erklärung dem Erben den Vorteil der beschränkten Haftung verschafft, sondern daß diese eine Folge der Rechtslage an und für sich ist. Durch die Eintragung und Mitteilung gibt der Erbe nur kund, daß er gewillt ist, in dieser Lage zu verbleiben und keine weitere Haftung zu übernehmen, als sie durch diese Rechtslage bedingt ist.

[1]) *Staub,* § 27, Anm. 11.

b) *Staubs* Begründung beruht m. E. auf einem Mißverständnis. Er steht auf dem Standpunkt, daß der Erbe von vorneherein nur beschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet[2]). In seinen Ausführungen, die Erklärung des Erben, für die bestehenden Geschäftsschulden nur beschränkt haften zu wollen, stelle sich als Anpassung an die bestehende Rechtslage dar, übersieht er, daß, selbst wenn man der Ansicht ist, der Erbe hafte grundsätzlich nur beschränkt, dieser nach den Vorschriften des BGB. die Beschränkung doch durch ein erst anzuwendendes Mittel erwirbt. (BGB. § 1975; ZPO. § 781.) Es besteht aber auch keinerlei Veranlassung zu der Annahme, daß der Gesetzgeber ein besonderes Beschränkungsmittel im HGB. hat schaffen wollen. Man wird daher der einseitigen Erklärung des Erben, nur beschränkt haften zu wollen, keinerlei Bedeutung beilegen dürfen[3]).

Weiter führen die Anhänger dieser Ansicht aus[4]): Der § 27 verlange eine entsprechende Anwendung des § 25. Die Anwendung des Abs. 2 sei nicht ausdrücklich ausgeschlossen und es liege daher keine Veranlassung vor, seine Anwendung für unzulässig zu erklären. Zu dem Tatbestand des § 25 gehöre wohl das Vorliegen einer Vereinbarung. Eine Vereinbarung erübrige sich aber im Falle der Vererbung eines Handelsgeschäfts, da hier nur ein Schuldner vorhanden sei. Niemand könne diesem zumuten, sofern er nicht durch besondere Umstände, wie Auflagen oder Bestimmungen im Erbvertrag, persönlich verhaftet sei, für die Geschäftsverbindlichkeiten auch bei Fortführung der bisherigen Firma die Haftung des § 27 zu übernehmen.

Das Wesentliche und Wirksame der abweichenden Vereinbarung liege darin, daß der Erwerber zum Ausdruck bringt, er sei nicht gewillt, die unbeschränkte Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten zu übernehmen. Erforderlich sei nur, daß der Erbe nicht zur Übernahme der Passiva verpflichtet ist. Es beständen daher keine Bedenken an der Zulässigkeit einer solchen Kundgebung, die die Vermutung der unbeschränkten Haftung entkräftet und dem Erben die Haftungsbeschränkung verschafft. Gegen diese Ausführungen läßt sich Folgendes einwenden[5]): Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung gemäß § 25 Abs. 2 ist das Vorliegen einer abweichenden Vereinbarung. Auf dieser Vereinbarung beruht die Fortdauer der Haftung des früheren Geschäftsinhabers für die Geschäftsverbindlichkeiten. Davon kann in dem Falle, daß der Erbe ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft fortführt, nicht die Rede sein. Die Vereinbarung kann nicht durch einen, von dem Erben allein ausgehenden Entschluß ersetzt werden. Überdies fehlt dem Geschäftsgläubiger ja die Möglichkeit, sich an den früheren Inhaber des Geschäftes zwecks Befriedigung seiner Forderungen zu wenden, da dieser verstorben ist. Die Unhaltbarkeit der obigen Ansicht ergibt sich aber erst bei Betrachtung des § 27 Abs. 2. Dieser schafft für den Zeitraum von drei Monaten einen Schwebezustand. Der Eintritt oder Nichteintritt der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ist von der eignen Entschließung des Erben

---

[2]) *Staub*, § 27, Anm. 6.

[3]) *Riesenfeld*, I, S. 115.

[4]) *Bolte*, S. 462; *Stegemann*, S. 119; *Ritter*, § 27, No. 3; *Brand*, S. 109; *Pisko*, S. 257; *Boehm*, S. 422.

[5]) *Müller-Erzbach*, S. 83; *Koenige*, § 27, No. 3; *Lehmann-Ring*, § 27, No. 6; *Goldmann*, S. 131 c; *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 6; *Makower*, § 27, IV a, 2; *Strohal*, II, S. 323; *Binder*, II, S. 215; *Gareis*, S. 75.

während dieses Zeitraums abhängig. Die Einstellung der Fortführung während dieses Zeitraums ist dem Erben freigestellt und verhindert den Eintritt der unbeschränkten Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, andererseits bewirkt die Fortführung des Geschäftes mit der bisherigen Firma über die Dreimonatsfrist den unabänderlichen Eintritt der unbeschränkten Haftung. Dieser gesetzlichen Bestimmung gegenüber ist die vorherige Erklärung des Erben, nur beschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten haften zu wollen, bedeutungslos.

c) Man kommt daher zu dem Ergebnis, daß der § 27, 2 eine Einschränkung der im § 27 Abs. 1 bestimmten entsprechenden Anwendung der Vorschriften des § 25 enthält. Er tritt für den Fall der Fortführung eines zu einem Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts durch den Erben unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes an die Stelle der entsprechenden Anwendung des § 25 Abs. 2.

Schließlich vertreten neben den Autoren, die § 25 Abs. 2 überhaupt angewendet wissen wollen, eine Anzahl die Ansicht[6]), den § 25 Abs. 2 anzuwenden, wenn eine erbvertragsmäßige Bestimmung zwischen Erblasser und Erben besteht, der zufolge der Erbe auch bei Fortführung der Firma nur beschränkt haften soll. Weiterhin soll auch der Erblasser eine derartige Bestimmung durch Testament treffen können. Den Geschäftsgläubigern stände kein unentziehbarer Anspruch zu, daß der Rechtsnachfolger im Geschäft ihnen persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftbar wäre. Aus diesem Grunde könne der Erblasser, wie beim Übergang des Handelsgeschäfts unter Lebenden der vertragschließende Teil, verfügen, daß die gesetzliche Folge der Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma ausgeschlossen werden soll.

Auch dieser Ansicht kann man nicht zustimmen. Der Erbvertrag ist keine Vereinbarung im Sinne des § 25 Abs. 2 HGB. In gleicher Weise ist den sonstigen Verfügungen von Todes wegen das Wesen einer solchen Vereinbarung abzusprechen. Die Auslegung, daß durch die Annahme der Erbschaft seitens des Erben eine Vereinbarung zur Entstehung gelange, ist zum mindesten als sehr bedenklich zu bezeichnen.

Die richtige Lösung wird sein, daß für den Erben, der das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt, nur ein Weg zur Abwendung der Unbeschränkbarkeit der Haftung offensteht: das ist die Anwendung des § 27 Abs. 2. Dieser schließt im Falle der Vererbung eines Handelsgeschäfts eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 aus.

§ 11. *Die Rechtsverhältnisse unter Miterben.*

Der § 27 spricht nur von der Beerbung durch einen Erben. Diese Tatsache schließt aber nicht die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 27 bezw. § 25 aus, wenn mehrere Erben den Erblasser beerben. Mit der Betrachtung dieses Falles sind die Möglichkeiten der Anwendung des § 27 erschöpft.

I. Der Erblasser kann von mehreren Personen beerbt werden. In diesem Falle wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben

[6]) *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 6; *Makower*, § 27, IV a 2.

(§ 2032 Abs. I BGB.). Der § 2033 Abs. II BGB. erlaubt jedem einzelnen Miterben über seinen Anteil am Nachlaß, aber nicht über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, frei zu verfügen. Diese Vorschrift verbietet in den Fällen, in denen das Handelsgeschäft sich nur als ein Nachlaßgegenstand darstellt, eine Verfügung des einzelnen Miterben über das Handelsgeschäft. Die Haftung der Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern richtet sich nach den Vorschriften der §§ 2058 ff. BGB. Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner, doch kann bis zur Teilung des Nachlasses jeder Erbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteile an dem Nachlasse hat, verweigern. Dieses Recht steht ihm in Ansehung des seinem Erbteile entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu, wenn er für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt haftet. Von diesen Bestimmungen unberührt bleibt das Recht der Nachlaßgläubiger, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen (§ 2059 BGB.). Jeder der Miterben ist berechtigt, die Beschränkungsmittel der Haftung für seine Person selbständig geltend zu machen. Der Antrag zur Anordnung der Nachlaßverwaltung bedarf allerdings der Mitwirkung aller Miterben, der Antrag selbst ist nur bis zur Teilung des Nachlasses zulässig (§ 2062 BGB.). Nach der Teilung des Nachlasses macht sich die Gesamthaftung der Erben besonders fühlbar. Das Gesetz gewährt auch in diesem Stadium eine Reihe von Möglichkeiten, die Haftung auf die Höhe der Erbquote zurückzuführen, sodaß die Erben nur für den ihrem Erbteil entsprechenden Teil einer jeden Nachlaßverbindlichkeit haften (§ 2060 BGB.).

II. Die Fortführung eines zum Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfts durch mehrere Miterben schließt, wie bereits erwähnt, die Anwendung der §§ 27, 25 HGB. nicht aus. Die Anwendung dieser Vorschriften zeitigt im Einzelnen folgende Ergebnisse:

a) 1. Führen die Erben das zum Nachlasse gehörende Geschäft unter einer neuen Firma fort, so ist diese Fortführung auf die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten ohne Einfluß. Die früheren Geschäftsverbindlichkeiten werden dann in gleicher Weise wie die sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten behandelt, d. h. sie unterliegen den erbrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Die Miterben können in gleicher Weise wie der Alleinerbe durch einen besonderen Verpflichtungsgrund, z. B. die Bekanntmachung der Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten in handelsüblicher Weise sich für die Ausgleichung aller früheren Geschäftsverbindlichkeiten verpflichten. Es tritt dann ohne Rücksicht auf die aus den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts sich ergebende Erbenhaftung die unbeschränkte Haftung der Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten ein.

2. Fraglich ist, ob die Annahme einer neuen Firma durch die Miterben sich als stillschweigende Begründung einer offenen Handelsgesellschaft darstellt oder ob hier noch eine Fortführung des Handelsgeschäfts in Erbengemeinschaft möglich ist.

Von der Entscheidung dieser Frage hängen die verschiedenartigsten praktischen Folgen ab. Die Inhaber einer O.H.G. haften den Gesellschaftsgläubigern in voller Höhe mit ihrem ganzen Vermögen (§ 128 HGB.). Die Miterben dagegen genießen bis zur Teilung des Nachlasses wichtige Haftungsbeschränkungen für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2059 BGB.).

Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer O.H.G. setzt einen gegen die Gesellschaft gerichteten Titel voraus (§ 124 Abs. 2 HGB.), dagegen verlangt die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein gegen alle Miterben ergangenes Urteil (§ 2059 Abs. II BGB.). Wird das Geschäft des Erblassers in eine O.H.G. übergeführt, so ist die Tätigkeit des eventuell ernannten Testamentsvollstreckers erledigt, auf der anderen Seite bleibt bei Vorliegen einer Erbengemeinschaft die Verwaltung des Geschäfts in Händen des Testamentsvollstreckers. Die Erben können als Inhaber einer O.H.G. einen oder mehrere von sich als Vertreter bestellen (§ 125 HGB.), bei der Erbengemeinschaft dagegen kann keiner von der Vertretung ausgeschlossen werden (§ 2038 BGB.). Die Beschlüsse der Mitglieder der O.H.G. erfordern Einstimmigkeit (§ 119 HGB.), bei der Erbengemeinschaft ist nur Stimmenmehrheit nach Größe der Anteile erforderlich (§§ 2038, 745 BGB.).

Die Formfreiheit des Gesellschaftsvertrages gestattet, daß dieser durch entsprechende Handlungen auch stillschweigend geschlossen werden kann. Aus diesem Grunde konnte man ohne weiteres behaupten, daß die Annahme einer neuen Firma durch die Miterben den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages darstellt. Man wird doch in dem tatsächlichen Gewerbebetriebe unter gemeinsamer Firma regelmäßig mangels entgegengesetzter Vereinbarungen den Willen finden können, daß auch nach innen ein Gesellschaftsverhältnis vorliegen soll[1]). Liegt daher in der Geschäftsfortführung mit neuer Firma durch die Miterben eine dauernde selbständige Tätigkeit behufs Gewinnerzielung, so muß man nach den heutigen Gesetzesbestimmungen das Vorliegen einer O.H.G. annehmen. Das Vorliegen einer solchen Absicht ist aber in dem Falle zu verneinen, wenn die Miterben infolge zu langer Dauer des Auseinandersetzungsverfahrens die neue Firma nur zu dem Zwecke annehmen, um nicht durch die Fortführung der bisherigen Firma über die Einstellungsfrist hinaus die Beschränkbarkeit ihrer Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zu verlieren. Die Entscheidung, ob eine Fortführung in Erbengemeinschaft oder die stillschweigende Begründung einer O.H.G. vorliegt, muß daher auch bei Annahme einer neuen Firma von einer genauen Prüfung der im Einzelfall vorliegenden Tatumstände abhängig sein.

b) 1. Die Erben können entsprechend den Vorschriften der §§ 27 bezw. 25 das Handelsgeschäft auch unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen. Der Eintritt der Rechtsfolgen ist der gleiche, wie bei der Fortführung der Firma durch den Einzelerben. Die Fortführung stellt sich nicht ohne weiteres als eine Annahme der Erbschaft dar. In Anlehnung an die oben gemachten Ausführungen muß man auch hier eine Anwendung des § 25 Abs. 2 verneinen, die Erben haben lediglich durch Einstellung des Geschäftsbetriebs die Möglichkeit, ihre Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten zu beschränken. Die unbeschränkte Haftung tritt allerdings nur in den seltensten Fällen für alle Miterben gleichzeitig ein. Die Einstellungsfrist beginnt für jeden Erben erst mit der persönlichen Kenntnisnahme von dem Anfall der Erbschaft. Erhalten nun die einzelnen Erben zu verschiedenen Zeiten Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft, so endet die Einstellungsfrist entsprechend dem verschiedenen Beginn. Selbstverständlich

[1]) *Staub*, § 105, Anm. 43.

können auch hier Fristverlängerungen aus den oben angegebenen Gründen eintreten.

2. Sehr bestritten ist auch hier die Frage, ob die Fortführung des Handelsgeschäfts unter der alten Firma durch eine Erbengemeinschaft erfolgen kann oder als eine stillschweigende Gründung einer O.H.G. zu werten ist.

3. Nach der herrschenden Meinung kann die Erbengemeinschaft Inhaberin eines Handelsgeschäfts sein[2]). Das Kammergericht steht auf dem Standpunkt, daß die Erben das ererbte Handelsgeschäft auf Grund des zwischen ihnen als solchen bestehenden Rechtsverhältnisses, also der Erbengemeinschaft, mit der Firma fortführen können. Das ist für das Stadium der Abwicklung und Auseinandersetzung nicht zu bezweifeln[3]). Es ist aber auch zulässig, daß das ererbte Handelsgeschäft auch über jenes Stadium hinaus fortgeführt wird, da es sich um Verwaltung des Nachlasses handelt. Diese Erbengemeinschaft, die lediglich eine Bezeichnung für die unter den Miterben, als den Trägern des Nachlaßvermögens, bestehende Gemeinschaft zur gesamten Hand ist, kann unter namentlicher Bezeichnung der Miterben als Firmeninhaberin in das Handelsregister eingetragen werden.

4. Die Vertreter dieser Ansicht haben jedoch verabsäumt zu untersuchen, ob die Erbengemeinschaft als Firmeninhaberin in dem geltenden Recht zulässig ist. Eine Entscheidung des R.O.H.G. aus dem Jahre 1878 führt folgende Begründung für die Möglichkeit der Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft an: „Das HGB. hat keineswegs beabsichtigt, erschöpfend die Formen festzustellen, unter welchen ein Handelsgeschäft unter Beteiligung mehrerer Personen daran betrieben werden kann. Es ist daher nicht gerechtfertigt, jedes von einem Einzelkaufmann betriebene Handelsgeschäft, an welchem mehrere Personen beteiligt sind, unter eine der im HGB. behandelten Gesellschaftsformen subsumieren zu wollen. Das HGB. findet nur Anwendung auf diejenigen Gesellschaften, bei welchen die durch dieses Gesetzbuch festgestellten Kriterien der einzelnen, dort behandelten Handelsgesellschaften zutreffen. Wo dies nicht der Fall ist, kommen die Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts zur Anwendung. Dahin gehören Gesellschaften, deren Gegenstand ein Handelsgeschäft und dessen Betrieb ist, welche aber nicht durch einen auf diesen gemeinschaftlichen Betrieb gerichteten Vertrag entstanden sind, sondern durch Beerbung resp. durch das Verhältnis der Gütergemeinschaft und deshalb nach den für die letztere geltenden Normen zu beurteilen sind".

Diese Auffassung muß man aber für die Zeit nach 1900 ablehnen. Die besonderen Fragen des Handelsrechts, zu denen die Unternehmungsform des kaufmännischen Geschäfts, die Inhaberschaft und in Verbindung damit die Haftung in erster Linie gehört, erfahren ihre Regelung durch das HGB. und nicht durch das allgemeine bürgerliche Recht. Die von dem HGB. zur Sicherung des Verkehrs vorgeschriebenen Formen für die im Handelsverkehr bekannten Typen von Trägern des Handelsgewerbes können nicht durch Gebilde des sonstigen bürgerlichen Rechts ergänzt werden. Außer den Unternehmungen mit juristischer Person kommen als Inhaber von Handelsgeschäften der Einzelkaufmann oder eine Mehrheit von Einzelpersonen und als Formen das einzelkaufmännische Geschäft, die O.H.G. und die

---

[2]) R.O.H.G. 11, S. 102; 23, S. 167; RG. 10, S. 103; 35, S. 17; LZ. 1910, S. 486; 1912, S. 157; 1922, S. 685.

[3]) K.G.J. 15, S. 6; 22 A, S. 280; 35 A, S. 152; 48 A, S. 128; R.J.A. 15, S. 51.

Kommanditgesellschaft, deren Haftungsverhältnisse zwingend festgelegt sind, in Betracht.

Der Zweck der Erbengemeinschaft ist nicht Fortdauer, sondern Beendigung durch Auseinandersetzung. Für das zum Nachlaß gehörige Handelsgeschäft kommt daher nur eine Tätigkeit in Frage, die auf Beendigung des Geschäftsbetriebs gerichtet ist. Es können daher nur Liquidation und ähnliche Handlungen vorgenommen werden, d. h. die laufenden Geschäfte werden noch erledigt, das Vermögen wird in Geld umgesetzt und an Geschäften nur noch solche eingegangen, die der Beendigung schwebender Verbindlichkeiten dienen. Schließlich sollen die Forderungen eingezogen und die Gläubiger befriedigt werden. Die Fortführung eines Handelsgeschäfts aber bedeutet das Gegenteil, sie hat in der Regel eine Veränderung des Nachlaßgegenstandes zur Folge, sei es nun eine Vergrößerung oder Einschränkung.

Hier findet allerdings eine Annäherung der beiden Auffassungen insofern statt, als die Anhänger der Erbengemeinschaftstheorie in der Fortführung des Handelsgeschäfts über die Schwebezeit hinaus der Regel nach die Begründung einer O.H.G. durch stillschweigenden Vertragsabschluß erblicken. Bedenklich ist nur bei ihrer Auslegung, daß sich die Merkmale dieses stillschweigenden Übereinkommens sehr schwer ermitteln lassen und dadurch eine zeitliche Festlegung der Umwandlung fast unmöglich wird[4]). Der Gläubiger kann dadurch über die Frage der Art der Inhaberschaft längere Zeit im Unklaren sein. Die Eintragung der O.H.G. ist nicht entscheidend, ausschlaggebend ist der unterstellte, stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages[5]).

Diese Gründe führen zur Verwerfung der Annahme eines stillschweigenden vertraglichen Übergangs von der Erbengemeinschaft zur O.H.G. Diese Theorie führt infolge ungenügender tatsächlicher und zeitlicher Bestimmbarkeit in der Praxis zu großen Mißständen. Eine glücklichere Lösung in dieser Frage bietet die Annahme der stillschweigenden Umwandlung des Geschäfts in eine O.H.G. mit dem Augenblick, in dem die Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB. für die Erben abgelaufen ist. Lassen die Erben die Überlegungsfrist verstreichen und führen sie das Geschäft weiter fort, so rücken sie damit unverkennbar in die Stellung des Erblassers ein. Die Folge ist, daß sie in alle Rechtsverhältnisse der Firma eintreten, woraus sich zwanglos auch die Überleitung in die Gesellschaftsform mit persönlich haftenden Einzelmitgliedern ergibt. Und zwar ist dann diese Überleitung rückwärts als mit dem Fall der Erbschaft eingetreten anzusehen. Das Geschäft des Einzelkaufmanns ist dann mit dessen Tod durch das Vorhandensein einer Mehrheit von Erben in eine O.H.G. übergegangen. Die Erbengemeinschaft ist damit in Bezug auf diesen Nachlaßgegenstand, das Handelsgeschäft, aufgelöst; die Auseinandersetzung liegt in der Verständigung über die Anteile des einzelnen Erben am Ergebnis des Unternehmens[6]).

Eine weitere Schwierigkeit entsteht, wenn es zwischen den Miterben zu keiner Einigung hinsichtlich der Firmenfortführung kommt. Stellt sich die Fortführung oder Änderung der Firma als eine Maßnahme der Ver-

---

[4]) R.O.H.G. 11, S. 102; LZ. 1922, S. 685; RG. 10, S. 103; ZHR. 55, S. 334.
[5]) Recht 1916, No. 1953; 1917, No. 457.
[6]) Vgl. *Lion*, LZ. 1925, S. 842 ff.; LZ. 1927, S. 500 ff.

waltung des Nachlasses dar, so wäre die Anwendung des § 2038 Abs. I und II in Verbindung mit § 745 Abs. I BGB. geboten. Nach diesen Vorschriften steht die Verwaltung des Nachlasses den Miterben gemeinschaftlich zu und demgemäß ist jeder Miterbe dem anderen gegenüber verpflichtet zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind. Die zur Erhaltung notwendigen Maßnahmen kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen.

Das Ergebnis wäre, wie auch *Staub*[7]) annimmt, daß bei Vorliegen einer Uneinigkeit die Stimmenmehrheit gemäß § 745 BGB. den Ausschlag über die Art der Geschäftsfortführung oder -einstellung gibt. Wollte sich ein Erbe diesem Mehrheitsbeschluß nicht fügen, so kann er die Fortführung der alten Firma für seine Person nicht einstellen, sondern muß, um der aus der endgültigen Fortführung der Firma sich ergebenden unbeschränkten Haftung zu entgehen, die Erbschaft ausschlagen. Sieht man in der Einstellung der Fortführung eine „wesentliche" Veränderung des Gegenstandes im Sinne des § 745 Abs. III BGB., so ist erforderlich, daß alle Erben ihre Zustimmung zur Einstellung des Geschäftsbetriebs erklären. Der Widerspruch eines einzelnen Erben würde dann die Einstellung unmöglich machen. *Staub* ist sogar der Ansicht, daß die endgültige Fortführung des Geschäfts mit Firma eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel ist und gibt dem Erben Recht, der die Fortführung der Firma verlangt. Dies dürfte jedoch zu weitgehend sein, da der § 2038 Abs. I Satz 2 BGB. nur zum Zuge kommt, wenn der Bestand eines Nachlaßgegenstandes gefährdet ist. Es ist aber übertrieben, den Firmenwechsel als eine den Bestand des Handelsgeschäfts gefährdende Handlung zu bezeichnen.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß diese Auslegungen des Gesetzes zu sehr bedenklichen und ungerechten Ergebnissen führen. In der Fortführung der Firma liegt ein Eingriff in die Privatsphäre des einzelnen Miterben. Das BGB. gibt dem einzelnen Miterben das Recht, genau wie ein Alleinerbe seine Haftung zu beschränken derart, daß die Beantragung des Nachlaßkonkurses usw. ihm eine Einrede gegen die Zwangsvollstreckung in sein eigenes Vermögen schafft. Es besteht keine Veranlassung, anzunehmen, daß das Handelsrecht die Rechtslage der Miterben verschlechtern will. Diese Überlegung läßt die Ansicht von *Düringer-Hachenburg* und ihrer Anhänger gerechter erscheinen[8]). Danach kann jeder Miterbe mit Wirkung für sich die Einstellung der Fortführung des Geschäfts erklären. Die Richtigkeit der Auffassung, daß die Willenserklärung eines Miterben genügt, steht nicht im Widerspruch zu § 2038 BGB. Dort wird allerdings die gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses durch die Miterben verlangt. Dennoch ist die Willenserklärung des einzelnen Erben, ob er das Geschäft fortführen will oder nicht, entscheidend. Nur die zur Erhaltung des Nachlasses unbedingt erforderlichen Handlungen verlangen seine Mitwirkung. Das Vorliegen einer solchen Handlung ist aber hier zu verneinen. Die Fortführung des Geschäfts in seinem Namen kann daher nicht ohne seine Mitwirkung geschehen, es sei denn, daß die gemeinsame Fortführung des Handelsgeschäfts zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist. Bedenken an dieser Auslegung erregt allerdings die Tatsache, daß hier der

---

[7]) *Staub*, § 27, Anm. 27; *Brand*, S. 111.

[8]) *Düringer-Hachenburg*, § 27, Anm. 11; *Lehmann-Ring*, § 27, No. 4; *Pisko*, S. 257; *Riesenfeld*, S. 238; *Kretzschmar*, S. 5.

erklärte Einstellungswille die faktische Einstellung ersetzen soll. Diese Möglichkeit haben wir gerade bei dem Einzelerben für unzulässig erklärt, ihm steht nur die Anwendung des § 27 Abs. 2 offen. Die Vorschriften der §§ 27, 25 HGB. können aber im Falle der Beerbung durch mehrere Erben nur entsprechend angewandt werden, d. h. der § 27 Abs. 2 kann nur dann auf die Rechtsverhältnisse der Miterben angewandt werden, wenn die veränderte Rechtslage dem nicht entgegensteht. In diesem Fall ist aber eine wesentliche Veränderung der Rechtslage eingetreten, und daher hat der erklärte Einstellungswille eines Miterben die gleiche Bedeutung, wie die faktische Einstellung des Einzelerben. Erforderlich ist nur, daß die Erklärung innerhalb der Einstellungsfrist abgegeben wird.

III. Wird schließlich einem der Erben das Geschäft im Wege der Erbteilung überlassen, so ist dieser Fall dem Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden gleichzustellen[9]). Hierbei bleibt unbeachtlich, daß der Erwerber bereits vorher von Todes wegen einen ideellen Anteil an dem Handelsgeschäft erworben hat. Das alleinige Eigentum wurde ihm erst durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eingeräumt. Bei Fortführung der bisherigen Firma bleibt die persönliche Haftung der übrigen Erben als frühere Inhaber daneben bestehen, es sei denn, daß der fortführende Erbe durch besonderen Verpflichtungsgrund die unbeschränkte Haftung gemäß § 25 Abs. II HGB. übernommen hat. Haften jedoch die veräußernden Erben, so finden auf ihre Haftung die Verjährungsvorschriften des § 26 HGB. Anwendung.

---

[9]) *Staub*, § 27, Anm. 31; D., S. 36.